# Die Perfection der Schuldverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doctorgrades

der

juristischen Facultät zu Würzburg vorgelegt

von

J. F. Wolf,

Rechtspraktikanten in Bamberg.



Würzburg.

Druck von Friedrich Ernst Thein.

1869.

## I. Kapitel.

# Der Vertragswille.

Kaum eine Rechtsfrage ist theoretisch zweifelhafter und praktisch von größerer Tragweite, als die nach den Erfordernissen und dem Zeitpunkte der Vertragsvollendung. Zwar könnte man das Interesse daran für abgeschwächt halten, da sie nicht nur in den Gesetzgebungen der größeren deutschen Länder ihre Lösung gefunden hat, sondern auch für Gesammtdeutschland gerade in den wichtigsten Fällen, dem kaufmännischen Verkehr, durch das allgemeine Handelsgesetzbuch dem Gebiete der Controverse entzogen worden ist. Allein das Bedürfniß der so verbliebenen Minderheit nach sicheren Rechtsnormen rechtfertigt es hinlänglich, die Frage einer abermaligen Betrachtung zu unterziehen — nicht was Recht sein sollte, sondern — was in dieser Materie gemeines Recht sei.

Aber — hic haeret aqua! Denn nirgends sind die römischen Rechtsquellen dürftiger als auf diesem Gebiet, kanonische und Reichsgesetze geben gleichfalls keine Ausbeute, ein gemeines Gewohnheitsrecht läßt sich schwer erweisen, der Gerichtsgebrauch schwankt, und eine communis doctorum opinio zu suchen, wäre vollends das vergeblichste Bemühen! So sind wir denn auf die juristische Consequenz und Analogie, gar oft nur auf das natürliche Billigkeitsgefühl angewiesen, und daraus erklärt es sich, warum Bearbeitungen unserer Frage einem Gutachten de lege ferenda stets ähnlicher sehen, als einer Erörterung de lege lata. Gleichwohl bleibt dieser noch der beste Weg und auch hier soll versucht werden, ihn zu betreten.

---

# I. Kapitel.

## Der Vertragswille.

### §. 1.

### Begriff des Vertrags.

Auf allen Rechtsgebieten tritt uns der Vertrag als Recht schaffendes, änderndes und aufhebendes Mittel entgegen. Gegenstand unserer Betrachtung soll aber nur der obligatorische oder Schuldvertrag sein.

Fragen wir, um daraus Folgerungen für die Vertragsvollendung zu gewinnen, nach seinem Begriffe, so gibt uns die herrschende Lehre folgende Definition: Der Schuldvertrag ist die Vereinigung der gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen zweier oder mehrerer physischer oder juristischer Personen über ein dadurch zu begründendes, veränderndes oder aufzuhebendes Rechtsverhältniß.

Daraus wird zunächst so viel klar, daß zu einem Vertrage zwei wesentliche Stücke gehören, Wille und Erklärung. Weiter aber gelangen wir, indem wir die Erklärung einstweilen außer Betracht lassen, rücksichtlich des Vertragswillens zu folgenden Consequenzen.

### §. 2.

### Folgerungen aus dem Begriffe.

1) Zwei- oder Mehrheit des Paciscenten.

Zu einem Vertrage gehören mindestens zwei Personen. Ob physische oder juristische, ist gleichgültig, aber der Wille einer einzigen Person allein kann, wenn überhaupt (pollicitatio), so doch

keine vertragsmäßige Verbindlichkeit erzeugen. Wohl aber ist er durch das Hinzukommen des Willens einer andern Person zu einer solchen zu führen geeignet, sofern er nicht vor jenem Hinzukommen durch ein mit der Willensfortdauer unvereinbares Ereigniß seine Wirksamkeit verloren hat.

## §. 3.

### 2) Bewußtes Zusammenschließen der Willenserklärungen.

Die beiden Willenserklärungen müssen sich vereinigen (einig werden), d. h. zur Vertragsvollendung genügt nicht das objective, ungefähre Zusammentreffen zweier gleicher Willensrichtungen, sondern es gehört dazu das subjective, bewußte Zusammenwirken zweier willensfähiger Subjecte, deren jedes zum andern behufs Erzielung einer Rechtswirkung in Beziehung sich zu setzen entschlossen ist.

Daraus folgt von selbst, daß, wenn ein Vertrag zu Stande kommen soll, eine Person den Anstoß hiezu geben muß, indem sie durch die äußerliche Kundgabe eines genügend bestimmten Wollens eine andere Person zum Anschluß an ihre Intentionen zu veranlassen sucht.

Daß aber eine solche anstoßgebende Willensäußerung nur in einem Versprechen liege, oder daß der Vertrag erst mit der Kundgabe des Schuldnerwillens beginne, scheint mir unrichtig.

Darauf gestützt, haben manche sich verleiten lassen, den Vertrag schlechthin als ein „acceptirtes Versprechen“ zu definiren. Allein, indem sie einsahen, daß, wenn z. B. auf eine vorhergehende Bitte um ein Geldgeschenk die sofortige Zusage erfolgt, doch wohl kein weiterer Schritt zur Vollendung des Schenkungsvertrages nöthig sei, kamen sie mit ihrer eigenen Doctrin ins Gedränge, und geriethen auf den Ausweg, jene Bitte als eine „anticipirte“ Annahme zu erklären, was sich aber mit dem Grundcharakter derselben, Anschluß an einen gegebenen Willen, keineswegs verträgt. Auch gibt uns das Römische Recht im Stipulationsvertrag ein

unleugbares Beispiel, daß der Vertrag mit der Erklärung des Gläubigerwillens beginnen könne; denn die Deutung Windscheid's, erst der Promittent habe hier die Offerte gestellt und der Stipulator sie durch bloßes Schweigen acceptirt, ist gewiß sehr künstlich und paßt nicht zu dem Formalcharakter dieses Instituts bei den Römern, die sicherlich für die Acceptation, wäre sie noch nöthig gewesen, einen weiteren Ausdruck geschaffen hätten.

Ueberdieß geht gerade in den häufigsten Fällen der Vertragsschließung, bei den wechselseitigen Contracten, die Erklärung des Gläubigerwillens neben der des Schuldnerwillens einher. So erklärt z. B. der Verkäufer, die Tradition des Kaufobjekts schulden und zugleich auf Einforderung des Preises berechtigt sein zu wollen.

Man hat die zum Vertrage nöthigen Willenserklärungen mit den verschiedensten Namen belegt. Diejenige, welche den Anstoß zum Geschäfte giebt, heißt Versprechen, Angebot, Anerbieten, Antrag, Offerte, Proposition, Vorschlag, jene, welche die Accommodation an den Willen des Anstoßgebers enthält, Annahme, Acceptation, Accept, Zustimmung. Hievon dürften Vorschlag und Zustimmung als die begrifflich richtigsten, Offerte und Accept als die stylistisch brauchbarsten zu empfehlen sein.

## §. 4.

### Folgerungen hieraus.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich mit Nothwendigkeit:

a) Willenserklärungen, die von zwei Personen in demselben Moment abgegeben werden, können auch bei durchgängiger Uebereinstimmung in allen Punkten doch nicht sofort einen Vertrag erzeugen; denn keine von beiden will sich in diesem Falle dem Willen der anderen accomodiren, vielmehr jede die andere zum Abschluß eines Vertrages anregen. Daher kommt z. B. kein Kaufvertrag zu Stande, wenn A dem B einen Bestellbrief auf 10 Ctr. Zucker um den Preis von 280 fl. übersendet, und B dem A zur nämlichen Zeit dieselbe Quantität um den gleichen Preis brieflich anbietet. Zum Abschluß des Kaufvertrags ist hier die Acceptation mindestens von Einer Seite nöthig.

b) Auch aus zwei zeitlich auseinanderliegenden Willenserklärungen entsteht nicht sofort ein Vertrag, wenn die zweite derselben ohne die Absicht abgegeben wird, sich hiedurch mit der früheren in Uebereinstimmung zu setzen. Hiebei kann die spätere Erklärung ein selbstständiges Vertragsangebot, eine beiläufige unverbindliche Aeußerung, ja selbst eine Ablehnung enthalten.

So wird z. B. kein Vertrag perfect in folgendem von Regelsberger (civilrechtl. Erörterungen (1868) S. 12) erwähnten Fall: Ein Franzose bietet einem Deutschen eine Sache um trente an, der Deutsche versteht 40 und bietet 30. Dieß hält der Franzose wieder für 13, und beide gehen auseinander. Hier wußte eben der Deutsche nicht, daß er zufällig dasselbe wolle, er beabsichtigte vielmehr eine Ablehnung der ursprünglichen Offerte und die Stellung einer neuen von seiner Seite.

In den beiden letzten Fällen erblickt Regelsberger (S. 13) das Hinderniß der Vertragsvollendung darin, daß der Offerent die Erklärung des Oblaten nicht erfahre, und folgert daraus, Kenntnißnahme der Annahmeerklärung Seitens des Offerenten sei ein begrifflich nothwendiges Erforderniß der Vertragsperfection. Allein in beiden Fällen fehlt es keineswegs an der Kenntnißnahme des Offerenten; das Hinderniß liegt überhaupt nicht auf seiner Seite, sondern in der mangelhaften Beschaffenheit des gegnerischen Willens. Hievon später.

## §. 5.

### 3) Verbindliche Absicht.

Beide Contrahenten müssen die Absicht sich zu binden haben; denn die sofortige Knüpfung eines rechtlichen Bandes (vinculum) ist eben der Zweck der Schuldvertrages.

Es ist also erforderlich, daß sich der Offerent dem Oblaten und dieser jenem sofort mit dem Eingehen auf des Ersteren Intentionen gebunden haben will, und daß beide für eben diesen Fall berechtigt sein wollen. So lange diese charakteristische Absicht — animus offerendi et acceptandi mochte ich sie nennen — nicht

beiderseits vorhanden ist, wird der Vertrag nicht begründet, sondern nur vorbereitet; wir haben nur Tractate.

Der Mangel der entsprechenden Absicht kann wortdeutlich kundgegeben, oder, wie dieß häufiger, aus der Erklärung dem Sinne nach zu entnehmen sein. Zwingende Auslegungsvorschriften oder auch nur Rechtsvermuthungen für den Zweifelsfall kennt hier das gemeine Recht nicht, und überläßt also die Beurtheilung dem richterlichen Ermessen.

Am häufigsten wird die Frageform dahin zu deuten sein, daß man sich mehr nach der Geneigtheit des Befragten zur Stellung von Angeboten erkundigen (Anfrage im engeren Sinn), als selber ein Angebot stellen wolle (wiewohl auch dieß häufig vorkommt, z. B. bei Kaufleuten). Aber eine Präsumtion dafür, daß die Erklärung des künftigen Gläubigers Anfrage sei, wie Windscheid (Pandekten §. 305, modificirt in der 2. Aufl.) will, ist im gemeinen Recht nirgends aufgestellt.

Was die Bittform betrifft, so trägt diese schon viel mehr den Stempel eines verbindlichen Vorschlages. Wer z. B. einen Anderen bittet, ihm eine Summe zu schenken, ein unverzinsliches Darlehen zu geben, eine Sache um einen bestimmten Preis zu verkaufen, der will gewiß für den Fall der Zustimmung sofort auf Ueberlassung der Summe oder Sache berechtigt sein, gleichwie er auch selbst sich zum Festhalten an dem Kaufvertrag für diesen Fall verpflichtet. Eher möchte zu bezweifeln sein, ob in der Bitte um ein verzinsliches Darlehen zugleich eine Verpflichtung zur Annahme desselben liege.

Aeltere Rechtslehrer sahen freilich in der Bitte kein Angebot. Einige hielten sie für eine anticipirte Annahme (Glück, Pd.-Com. IV, 51), Andere forderten eine neue Zustimmung des Bittstellers, ja Daries (Inst. jur. un. §. 415) macht dieselbe zum einem begrifflichen Vertragserforderniß: Pacta requirunt: 1° promissionem. 2° acceptationem. 3° consensum promittentis in acceptationem. Da aber nicht einzusehen ist, warum die Erklärungen und Verständigungen hier abbrechen sollten, so käme man folge-

richtig zu einer „endlosen Kette von Erklärungen" (Regelsberger, a. a. O. S. 26. Siehe auch Nr. 2 oben).

## §. 6.

### Aufforderung an unbestimmte Personen.

Den geringsten Zweifel, ob sofortige Annahme oder erst Angebotsstellung von der andern Seite bezweckt wird, wird die Form der Aufforderung übrig lassen.

Und zwar tritt stets die zweite Alternative ein, wo die Aufforderung schlechthin an unbestimmte Personen (Versteigerung, Ankündigung von Waaren, Bekanntmachung eines Ausverkaufs, einer Wohnungsvermiethung, einer Theatervorstellung, eines Eisenbahntarifs) oder zwar an mehrere bestimmte und möglicherweise selbst bekannte Personen, aber nur als an eine ganze Klasse von Individuen gerichtet wird (Uebersendung von Waaren-, Lager- und Preisverzeichnissen an Kunden oder Geschäftsfreunde, Einladung zum Abonnement durch Circular, Empfehlung eines juristischen Werkes an die Anwälte eines bestimmten Bezirkes durch lithographirte Briefe). Die Annahme, es wolle hiedurch ein dauerndes, einseitig nicht trennbares Rechtsband geknüpft werden, verträgt sich hier nicht mit der Gleichgiltigkeit gegen die Individualität des Oblaten, oder, wie der Grundgedanke des Römischen Rechts ist: Einer persona incerta kann man nicht offeriren.

Die regelmäßige Unbestimmtheit derartiger Ankündigungen (eine bedeutende Quantität, zu den billigsten Preisen) macht dies allein schon klar. Soll z. B., wenn eine Omnibusfahrt nach einem gewissen Orte angekündigt ist, die Erklärung eines Jeden, daß er theilnehmen wolle, als Accept gelten, und ihm ein vertragsmäßiges Recht zur Mitfahrt erwerben, gleichviel wie es um seine Solvenz steht und ob der Wagen schon überfüllt ist? Soll der Kaufmann die angekündigten Waaren dem Publikum zu lieb liegen lassen, obwohl sich ihm eine vortheilhaftere Absatzgelegenheit bietet, neue nachschaffen, wenn sie ausgegangen sind, die alten Preise beibehalten, wenn diese gestiegen sind, oder seinen Gesammtvorrath

um den angekündigten Spottpreis selbst seinem Concurrenten überlassen? Gewiß ebenso wenig, als er andrerseits den Inhalt eines verloren gegangenen, also an ihn nicht gelangten Bestellbriefs als Accept geltend machen könnte. —

Uebrigens kann auch die Erklärung des Oblaten von Umständen begleitet sein, aus denen der Mangel des Verpflichtungswillens erhellt. Antwortet z. B. B auf den Vorschlag des A, er sei zwar damit einverstanden, wolle aber noch seinen Vater fragen, so liegt hierin keine bindende Zustimmung; vielmehr wird deren Eintritt nur einstweilen als möglich in Aussicht gestellt, und bis dahin kann A nicht auf Vertragserfüllung dringen, wenn er auch die inzwischen erfolgte Genehmigung des Vaters sonstwie erfahren haben sollte. So liegt auch beispielsweise in der Erwiderung, man könne das Tuch zu 5 fl. per Elle nicht brauchen, wäre aber zu 4 fl. 30 kr. bereit gewesen, gewiß kein neuer verbindlicher Antrag.

## §. 7.

### 4) Uebereinstimmung der Willensmeinungen.

Es muß endlich eine Willensübereinstimmung bestehen, d. h. die Paciscenten müssen in allen wesentlichen Punkten des Vertrags völlig gleicher Willensmeinung sein. Sie müssen demnach einig sein:

a) daß überhaupt contrahirt werden soll; jedoch schließt der in Nr. 3 erwähnte Mangel der Verbindlichkeit der Willenserklärung die Absicht überhaupt zu contrahiren nicht aus, denn dort wird wenigstens eine verbindliche Erklärung von gegnerischer Seite gewärtigt, z. B. bei der Versteigerung;

b) über die Person des Vertragsgegners; ein Vertrag mit einer andern Person, als mit welcher er beabsichtigt ist, wird nicht perfect;

c) sofern der Vertrag eine Summe, eine körperliche oder unkörperliche Sache, oder eine Quantität von solchen betrifft, über die Größe bezw. Identität derselben, sowie über diejenigen

Eigenschaften, welche nach den jeweilig herrschenden Verkehrsbegriffen zum Wesen der Sache gehören;

d) über alle diejenigen Umstände und Willensmomente, welche nach den Gesetzen zur Gestaltung des speziellen Vertrags erforderlich sind, z. B. ob die Sache fungibel oder nichtfungibel, das Geschäft entgeltlich oder unentgeltlich, welches die Art des Gebrauchs sein soll u. dgl. Wird also eine Schenkung vom Empfänger für ein Darlehen angesehen, so wird gar kein Vertrag perfect (error in negotio).

§. 8.

## Ausschluß der Uebereinstimmung.

### 1) Mängel in der Erklärungssphäre.

Die Uebereinstimmung kann ausgeschlossen sein:

durch den Mangel durchgängiger Congruenz der Accepterklärung mit der Offerterklärung.

Erstere muß sich auf alle von der letzteren berührten wesentlichen Punkte erstrecken, diese demnach schon so eingerichtet sein, daß die Zustimmung, wenn auch nicht immer durch ein bloßes „Ja", so doch auf eine Weise erfolgen kann, die weitere Verständigungen überflüssig macht. Theilweise Acceptation macht daher den Vertrag überhaupt nicht, auch nicht theilweise perfect.

Dagegen ist es möglich, daß in einer Erklärung mehrere gesonderte Vertragsofferten vereinigt, und durch die Acceptation einzelner von ihnen einzelne Verträge zur Vollendung gelangen, wenn nicht die Absicht, daß jene miteinander stehen und fallen sollen, aus den Umständen erkennbar ist, z. B. Verkaufsangebote von Pferd und Sattelzeug, Pferd und Wagen.

§. 9.

### 2) Mängel in der Willenssphäre.

Die Uebereinstimmung kann ferner ausgeschlossen sein:

durch Mängel in der Willenssphäre bei äußerlich völlig congruenten Erklärungen.

Ich unterscheide hier drei Fälle:

### a) Beiderseitiger Willensmangel.

Der Wille fehlt auf beiden Seiten, entweder zum Vertrag überhaupt, Simulation, oder bezüglich einzelner Essentialien. Dort kommt ein Vertrag gar nicht, und hier nur dann zu Stande, wenn sich aus den übrigen Essentialien ein solcher construiren läßt.

Wurden z. B. von einem Kaufmanne Waaren entnommen, ohne jede auch nur stillschweigende Vereinbarung über den Preis, so entsteht kein Kauf, wohl aber ein Innominatcontract, woraus der Entnehmer zur Zahlung des Markt- oder Börsenwerthes verpflichtet ist (do ut des).

## §. 10.

### b) Einseitiger Mangel des Willens zum Vertrag überhaupt.

Es kann auch der Wille und zwar zunächst zum Vertrage überhaupt, auf Seite Eines Contrahenten fehlen, obwohl die Erklärung auf dessen Vorhandensein schließen läßt.

Es kommt nämlich häufig vor, daß Jemand, ohne im Entferntesten eine Vertragschließung zu beabsichtigen, einer Aeußerung die Gestalt einer Vertragsofferte gibt, um damit irgend einen andern Zweck zu erreichen. So bietet z. B. Jemand, um seine Behauptung gegenüber einem Andern recht eindringlich zu bekräftigen, diesem eine unverhältnißmäßig hohe Wette an, oder um seinen Wunsch nach einem Gegenstande recht lebhaft auszudrücken, eine bedeutende Summe für Herbeischaffung derselben (man denke vergleichsweise an: Ein Königreich für ein Pferd!)

## §. 11.

### Einzelne Fälle.

#### α) Mentalreservation.

Auch ohne den vorgenannten Zweck wird der Wille zu offeriren oder zu acceptiren oft erklärt, wo er thatsächlich nicht existirt. Die dießbezüglichen Fälle, die in der Regel auf einer, dem Grad nach alle Stufen zwischen dolus und casus

durchlaufenden, Willensverschuldung beruhen, sind: Mentalreservation, Scherz, Irrthum und Zwang.

Die Mentalreservation, die absichtliche und bewußte Erklärung eines nicht vorhandenen Willens, involvirt offenbaren dolus.

Soll also nicht das Sittlichkeitsgefühl verletzt, der redliche Vertragstheil geschädigt und der Verkehr unmöglich gemacht werden, so muß die Berufung hierauf selbst unter Beweiserbieten als unzulässig zurückgewiesen werden, was denn auch gemeinen Rechtens ist. Jene Rücksicht fällt weg bei beiderseitiger Mentalreservation, Simulation; hier fordert die entgegengesetzte Erwägung, und zwar in der Regel das Interesse Dritter, Nichtigkeit des Vertrags (siehe a).

## §. 12.

### β) Scherz.

Ein geringerer Schuldgrad, culpa dolo proxima, lascivia, gibt sich im Scherze kund.

Freilich wird die Rücksicht auf den Verkehr die nackte Berufung auf einen gar nicht erkennbar gewesenen Scherz verwerfen müssen, z. B. wenn ein Studiosus der Medizin auf den Glück'schen Pandektencommentar bei einer Auction 30 Thaler bietet (Beispiel v. Regelsberger, Erört. S. 19).

War dagegen, Beweis vorausgesetzt, die Persönlichkeit des Scherzenden, die Art seiner Erklärung oder die nebenhergehenden Umstände der Art, daß ein vernünftiger Mann den Scherz erkennen konnte, dann hinderte auch dieser das Zustandekommen des Vertrages.

## §. 13.

### γ) Irrthum.

Beim Irrthum schwankt die Verschuldung zwischen culpa lata und levis.

Hier kann übrigens von einem Irrthum nur insofern die Rede sein, als Jemand aus Nachlässigkeit oder Unbedachtsamkeit

offerirt oder acceptirt, wo er nicht offeriren oder acceptiren wollte, z. B. Ja statt Nein sagt oder schreibt, oder einer als unverbindlich gemeinten Erklärung die Gestalt einer verbindlichen gibt. Wird der freilich höchst schwierige Beweis, daß ein Irrthum dieser Art stattgefunden, erbracht, dann kann auch der Vertrag nicht als zu Stande gekommen erachtet werden.

## §. 14.

### δ) Zwang.

Beim Zwange cessirt für den Erklärenden jede Willensverschuldung. Denn liegt der Zwang in unmittelbarer körperlicher Vergewaltigung (vis atrox) z. B. Führung der Hand zur Unterschrift, so ist er für den Gezwungenen ein unüberwindliches Ereigniß, also offenbar casus. Aber auch wenn der Zwang in der Zufügung oder Androhung eines bedeutenden, in der Macht des Zwingenden stehenden, rechtswidrigen Uebels besteht (vis compulsiva), so kann das Recht ihm doch nicht zur Schuld anrechnen, daß er die als Vertragserklärung sich darstellende Vornahme oder Unterlassung einer Handlung der Erduldung eines großen Uebels vorzog.

Selbst was das Moment des Willens anlangt, so sehe ich zwischen der vis atrox und vis compulsiva keinen Unterschied. Der Bedrohte will nach der Drohung so wenig als zuvor; denn zum Wollen, als einem rein innerlichen Vorgange konnte er niemals gezwungen werden, sondern nur zur Vornahme einer Handlung auf die Gefahr hin, daß dieselbe als Vertragserklärung ausgebeutet werde. So ist z. B. gewiß die Hingabe der Börse an den drohenden Räuber kein stillschweigendes Schenkungsangebot; warum sollte es bei ausdrücklichen Erklärungen, z. B. bei einer erzwungenen Unterschrift, anders sein?

Gleichwohl hat das gemeine Recht dieß nur für den Fall der vis atrox anerkannt. Bei vis compulsiva dagegen läßt man den Vertrag nach der Regel coactus tamen volui perfect werden hilft den Gezwungenen durch eine actio und exceptio quod

metus causa und eine restitutio in integrum gegen Jeden, der das erzwungene Geschäft geltend macht oder daraus bereichert ist.

Für die Praxis mag das genügen, theoretisch wird jene Regel in den seltensten Fällen zutreffen.

Anders liegt die Sache schon in der Theorie, wo die Androhung wirklich den früher nicht vorhandenen Vertragswillen hervorgebracht, also in dem Bedrohten eine aufrichtige Willensänderung hervorgerufen hat.

Hier hat der Bedrohte in der That gewollt, die durch die Drohung erregte Furcht war nur das Motiv hiezu.

Dieß Motiv beeinflußt die Vertragsperfection so wenig als andere Motive, namentlich Irrthum und Unwissenheit. Wenn A an B Waaren abgibt, weil er ihn für zahlungsfähig hielt, von C ein Haus kauft, weil dieser ihm einen vortrefflichen baulichen Zustand vorspiegelte, so steht der Perfection des Kaufvertrages Nichts im Wege, und der Geschädigte mag zu den Rechtsmitteln seine Zuflucht nehmen, die ihm gegen den Vollzug desselben geboten sind.

## §. 15.

### c) Einseitiger Mangel des Willens in wesentlichen Vertragspunkten.

Es kann endlich der Wille bezüglich eines wesentlichen Punktes auf Seite Eines Contrahenten fehlen, es besteht eine Willensdifferenz.

Daß diese Willensdifferenz in einzelnen Punkten in einem Zwange oder einer Mentalreservation wurzle, wird in den seltensten Fällen vorkommen. Denn diese beiden beziehen sich gewöhnlich auf den Willen zur Vertragschließung überhaupt. Sollte sich aber dennoch ein derartiger Fall ereignen, da bemißt sich der Einfluß des Zwangs und der Mentalreservation nach den früher erörterten Grundsätzen. Demnach wird letztere gar nicht beachtet; aus ersterem dagegen entspringt eine actio und exceptio q. m. c., durch welche die Wirkungslosigkeit des ganzen Geschäfts herbeigeführt wird, wenn nicht schon aus den übrigen, unerzwungenen

Bestimmungen des Geschäfts ein rechtsgiltiger Vertrag sich construiren läßt.

Hat also z. B. der Käufer den Verkäufer gezwungen, ihm einen Gegenstand, den er übrigens unzweifelhaft an ihn abgeben wollte, billiger abzulassen, als Jener geneigt war, so kann der Veräußerer das Geschäft als Kauf anfechten. Es bleibt dann aber doch ein Innominatcontract (do ut des) übrig, aus welchem der Veräußerer zur Einforderung des Marktwerthes berechtigt ist, und, falls der Erwerber die exceptio pacti dagegen vorschützt, diesem mit der replicatio q. m. c. begegnen kann.

## §. 16.

## Willensdifferenz wegen Irrthums.

Gewöhnlich aber beruht die Willensdifferenz in wesentlichen Punkten auf der unrichtigen oder mangelnden Vorstellung von in Wahrheit vorhandenen Thatsachen und Umständen, Irrthum und Unwissenheit.

Veranlaßt wird der Irrthum durch Unachtsamkeit der Contrahenten, durch Betrug des Vertragsgegners, durch Nachlässigkeit oder Betrug Dritter, endlich durch Zufall. Und in allen diesen Fällen kann sich derselbe erstrecken:

1) auf die Person des Vertragsgegners (error in persona).

Beispiele: Der Offerent geräth aus Zerstreutheit, oder wegen der Aehnlichkeit der Gesichtszüge, oder durch betrügerische Vorspiegelungen an eine Person, der er nicht offeriren wollte, der Offertbrief gelangt an eine falsche Adresse, oder zwar an eine gleichnamige, aber nicht als Oblat in Aussicht genommene Person.

2) Auf den Gegenstand des Vertrags (error in corpore), bei fungiblen Gegenständen auf deren Zahl, Gewicht oder Maaß.

Beispiele: Jemand will eine Nähmaschine bestellen und schreibt Mähmaschine, oder umgekehrt, oder der Adressat liest das Eine für das Andere; der Correspondent verschreibt sich in der Quan=

tität oder in dem Preis der zu bestellenden Waare, oder der Oblat liest falsch wegen Undeutlichkeit oder Verwischung der Schrift; der Oblat bleibt in Unkenntniß von der Aenderung der Offerte wegen Verlust des Postscriptums; der Offerent hält wegen der Namensgleichheit (Elle, Pfund, Schilling, Gulden) fremdländische Maaße oder Münzen für einheimische, deßgleichen der Oblat.

3) Auf die Substanz des Vertragsobjects, sowie auf solche wesentliche Eigenschaften desselben, deren Mangel es nach den im Verkehre herrschenden Ansichten zu einer andern Sache macht (error in substantia).

Beispiele: Der Besteller verschreibt sich in dem die Qualität des gewünschten Tuchs bezeichnenden Namen; ein unredlicher Juwelier preist einem Käufer einen falschen Stein für einen Diamanten an, und bewegt ihn hiedurch zum Kaufabschluß. Ein besonders treffendes Beispiel gibt Ihering von einen Apotheker, der auf eine Buchhändleranzeige hin ein indisches Wurzellexikon bestellt und zu seiner Enttäuschung ein Sanscritwörterbuch erhält.

## §. 17.

## Grad der Verschuldung.

Aus den angeführten Beispielen läßt sich ersehen, da dieß Willensdifferenz meistens einem unrichtigen Ausdruck des wahren Willens Seitens des Offerenten, oder einer falschen Auffassung des richtig erklärten Willens Seitens des Oblaten entspringt.

Doch bringt die unrichtige Offerterklärung diese Differenz nicht sofort mit sich, sondern nur, sofern sie den Oblaten zur Zustimmung veranlaßt. Erkennt dieser trotz der falsa demonstratio und gerade aus ihr die richtige Willensmeinung des Offerenten, und schließt sich ausdrücklich an diese an, so wird der Vertrag perfect. Ja, dieß muß sogar dann der Fall sein, wenn er zufällig oder in Folge eines neuen Verschuldens sich der richtigen Meinung accomodirt; z. B. A will dem B das Pfund zu 13 kr. anbieten und schreibt 15, B hält es, weil sich die Schrift verwischt hat, oder aus Versehen für 13, und acceptirt.

Unter Umständen kann sogar dieses Nichterkennen des wahren Offertwillens dem Oblaten zur culpa angerechnet werden.

Es trifft also nicht im Falle unrichtiger Offerterklärung die Schuld den Offerenten, im Falle unrichtiger Auffassung den Oblaten allein, vielmehr können recht wohl beide Theile in culpa versiren, z. B. wenn der Besteller von Waaren sich in der Quantität verschreibt, der Empfänger des Bestellbriefes aber durch ein genaues Durchlesen desselben und Würdigung der nebenher gemachten Aeußerungen die wahre Willensmeinung leicht hätte erkennen können. Ja, es kann trotz unrichtiger Erklärung des Offerenten die Schuld des Oblaten, trotz falscher Auffassung des Letzteren die des Ersteren überwiegen. Wenn z. B. der Offerent (nach dem früheren Beispiel) eine Mähmaschine bestellt und der Händler, obwohl er ausschließlich Nähmaschinen vertreibt, statt den Fehler einfach zu verbessern, mit großem Zeit und Kostenaufwand ein Exemplar der ersten Art herbeischafft, so trägt dieser sicherlich die größere Schuld an dem Nichtzustandekommen des Vertrags. Und wie weit übersteigt erst die Schuld des betrügenden Oblaten (Beispiel der Diamantenverkauf) die des betrogenen Offerenten!

## §. 18.

## Einfluß auf die Perfection.

Welches aber auch der Schuldgrad sein möge, die Willensdifferenz in wesentlichen Punkten hindert die Perfection des Vertrags, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Irrthumes ist darauf ohne Einfluß. Ich schließe mich hierin Savigny an, welcher diese Folgerung damit begründet, daß die Nichtigkeit des Geschäfts beim wesentlichen Irrthum nicht etwas zum Vortheil des Irrenden Eingeführtes ist, das er daher durch culpa verwirken könnte, sondern eine nothwendige Consequenz des Erfordernisses des Willens und der Vereinbarung, welches beim wesentlichen Irrthum fehlt.

Regelsberger (a. a. O. S. 22) freilich will denjenigen, der bei einem Wiener Instrumentenhändler ein Klavier bestellt, weil er den in Gulden angekündigten Preis für rheinisch nimmt,

an den Vertrag gebunden sein lassen. Aber wenn er diese Entscheidung damit motivirt, daß sie, obwohl juristisch nicht consequent, (S. 19) doch durch das Bedürfniß des Verkehrs geboten sei, an welches die Anforderungen der gewöhnlichsten Aufmerksamkeit gewiß nur ein mäßiges Zugeständniß seien, so halte ich jene Entscheidung für unrichtig und dieses Motiv nicht für dringend genug. Es wird kaum zu befürchten sein, daß die meisten Geschäfte durch Berufung auf Irrthum wieder rückgängig gemacht werden könnten; denn, wer sich bei äußerlicher Willensübereinstimmung auf einen Irrthum beruft, der muß ihn auch beweisen und dieser Beweis dürfte dem Simulanten zumeist schwer fallen. Ist er aber einmal erbracht, dann erscheint es mir als eine ebenso dringende Forderung der Billigkeit, denn als eine genügende Concession an das Verkehrsbedürfniß, daß der Vertrag für nicht zu Stande gekommen erklärt werde, dagegen der Beschädigte seine etwaigen Verluste ersetzt erhalte.

## §. 19.

## Ersatzpflicht bei der Vertragsvereitlung.

Was eben angedeutet wurde, darüber ist man so ziemlich einig, daß nämlich im Falle des Nichtzustandekommens eines beiderseits beabsichtigten Vertrags dem geschädigten Vertragstheile eine Ersatzklage gewährt werden müsse, sowie daß dieselbe nur Das umfasse, was er behalten und erworben haben würde, wenn er auf den nun vereitelten Vertrag nicht gerechnet hätte (negatives Vertragsinteresse, Ihering, Jahrb. IV., 16), nicht auch Das, was er aus dem Vertrage selbst hätte erwerben können; man streitet nur über die juristische Begründung des Klagerechts. Hierüber will ich mich, da die Perfectionsfrage dadurch eigentlich nicht berührt wird, nur kurz fassen.

Die actio ex lege Aquilia ist, weil nur auf außercontractliche culpa berechnet, gar nicht, die actio doli, weil sträfliche Arglist voraussetzend, nicht immer anwendbar, und eine Verallgemeinerung der letzteren, eine Art actio doli generalis, findet in dem bestehenden Rechte keine hinreichende Stütze.

Jhering (Jahrb. IV. S. 1 ff.) erklärt hier die Haftpflicht durch eine Verschuldung beim Abschlusse des äußerlich zu Stande gekommenen, wiewohl nichtigen Vertrags, dessen einzige Wirkung eben jene Haftung sei, gibt also die Klage aus dem beabsichtigten Hauptvertrag wegen culpa in contrahendo. Hiegegen ist einzuwenden:

Das Verkehrsbedürfniß fordert, die Haftpflicht auf Fälle auszudehnen, wo nicht einmal „mit äußerster Anstrengung" (Regelsberger, a. a. O. S. 33) das Vorhandensein einer culpa constatirt werden kann. So sieht sich denn auch Jhering genöthigt, das briefliche Contrahiren bei Lebzeiten wegen des möglichen Todes während der Bestellzeit als culpa zu betrachten (Jhering, a. a. O. S. 93).

Allein selbst wenn es gelänge, zuletzt den Zufall selber in eine Art von culpa umzugestalten, so geriethe man wieder mit einer von Jhering selbst (S. 53) angeführten und auch ganz logischen Folgerung aus der contractlichen culpa in Widerspruch, daß nämlich der zu prästirende Schuldgrad von der Natur des jeweiligen Vertrags abhänge. Würde nämlich z. B. ein in seinen eigenen Angelegenheiten höchst nachlässiger Mensch mehreren mit seinem Charakter nicht bekannten Personen ein Angebot zu einem Gesellschaftsvertrage machen, der trotz ihrer Zustimmung wegen eines von Jenem verschuldeten, aber auch wohl zu erwartenden Irrthums nicht zu Stande käme, so würde den Getäuschten die Contractsklage wegen culpa Nichts helfen, da Jener nur diligentiam quam suis rebus prästirte.

Wenn sonach in vielen Fällen die Construction einer culpa entweder unmöglich oder unnütz wäre, die Billigkeit aber gleichwohl eine Haftung verlangt, so müssen wir den Grund der letzteren in etwas Anderem als in der Verschuldung suchen. Worin, das deutet Jhering selbst an, indem er bezüglich der Entschädigungspflicht wegen Verkaufs einer nicht existirenden Darlehensforderung sagt: „weil er sie zu haben versichert hat, muß er dafür einstehen" (S. 71). Damit scheint er, ohne es zu wollen, in's gegnerische Lager gerathen zu sein.

In der That haftet der irrende Contrahent nicht deßhalb weil er das Nichtzustandekommen des Vertrags verschuldet hat, sondern weil er dessen Zustandekommen versichert und den anderen Theil veranlaßt hat, darauf zu rechnen.

Wenn zwei Personen sich für einen obligatorischen Vertrag erklären, so beabsichtigen sie die Begründung eines Rechtsverhältnisses, welches die Lage ihrer beiderseitigen Vermögensmassen gegen einander verändere, um fortan als Basis für durch wirthschaftliche Bedürfnisse hervorgerufene weitere Geschäftsoperationen zu dienen. Aber sie wollen diese Vermögensveränderung nur mit und durch den gewünschten Vertrag. So oft deßhalb zwei Personen einen Vertrag abschließen und kein Grund zu einer gegentheiligen Annahme klar zu Tage tritt, muß man annehmen, daß Beide, falls der Vertrag gleichwohl nicht zu Stande kommen sollte, wenigstens die Integrität ihrer Vermögen nicht durch ihn alterirt wissen wollen, das heißt m. a. W.: Durch die bloße Thatsache des Offerirens und Acceptirens macht der Erklärende dem andern Theil ein durch bloßes Stillschweigen acceptables Anerbieten, ihm für den Fall des Nichtzustandekommens des Vertrags alle diejenigen Vermögenswerthe zu ersetzen, die er zum Zweck des Contrahirens und durch das Rechnen auf den scheinbar zu Stande gekommenen Vertrag aufwenden, beziehungsweise verlieren werde. Aehnlich Windscheid's (Pd. § 307. A. 2.) stillschweigender Garantievertrag, dessen Name wohl unbedenklich hieher anzuwenden ist. In Wirksamkeit aber tritt diese Ersatzpflicht für denjenigen der beiden Contrahenten, auf dessen Seite ein etwaiges Perfectionshinderniß eingetreten ist.

Nunmehr ergiebt sich auch die Bedeutung der culpa in contrahendo für unsere Frage; sie ist keine positive, sondern eine negative. Nicht durch die gegnerische culpa wird ein Entschädigungsanspruch geschaffen, sondern durch die eigene culpa kann der aus dem stillschweigenden Garantievertrag bereits begründete Anspruch wieder verloren werden, insoferne der Gegner der Entschädigungsklage die Einrede klägerischer Verschuldung ent-

gegensetzt und diese nicht mit der Replik größerer oder mindestens gleicher Schuld wieder elidirt werden kann (Compensation der culpa).

---

# II. Kapitel.

## Die Erklärung des Vertragswillens.

### §. 20.

Das Vorhandensein eines gleichmäßigen Wollens Seitens der Contrahenten genügt nicht zur Vertragsperfection, der Wille muß auch auf irgend eine Weise zur sinnlichen Wahrnehmung gelangt, erklärt sein. Schon frühe wurde der innige Zusammenhang zwischen Wille und Erklärung insofern hervorgehoben, als die letztere beim Vertrage regelmäßig für das Vorhandensein, und ausnahmsweise (Scherz) für das Nichtvorhandensein der ersteren das Kriterium sein soll.

Dieß ist jedoch nicht der alleinige zwingende Grund für die Nothwendigkeit der Erklärung; das Recht fordert sie nicht „bloß um der Erweislichkeit willen", wie Dahn (Zeitschr. f. H. R. v. Goldschmidt, IX. 508) will, da man durch Zuschiebung des Haupteides die Frage, ob Jemand in einem bestimmten Falle gewollt oder nicht gewollt habe, wohl entscheiden könnte.

Es fällt hier noch ein anderes Moment in's Gewicht: So lange die Absicht einen Vertrag zu schließen noch im Bewußtsein des Paciscenten verschlossen ist und noch ausschließlich von ihm beherrscht wird, ist sein Wollen noch ein zweifelhaftes, ein der Möglichkeit steter Aenderung unterworfenes Geneigtsein. Ein solches ist zur Anbahnung oder zum Abschluß eines bindenden, dauernden, späteren Geschäften zur festen Basis dienenden Verhältnisses nicht geeignet. Dazu gehört ein fester, der ausschließlichen Beherrschung entzogener Wille, fixirt durch einen kundgegebenen Entschluß. Und dieser Entschluß ist eben die Erklärung.

## §. 21.

## 1. Arten der Erklärung.

### a) ausdrückliche und stillschweigende.

Wenn es sich um erkennbare Fixirung des Vertragswillens handelt, so ist es einleuchtend, daß dieselbe zunächst auf jede mögliche Weise muß geschehen können, und das Recht hat hieran auch Nichts geändert. Aber die Rücksicht auf die Perfectionsfrage fordert, die vielgestaltigen möglichen Ausdrucksweisen des Willens nach verschiedenen Gesichtspunkten in unterscheidbare Klassen abzutheilen, Arten der Erklärung. Von diesen Unterscheidungen ist die wichtigste:

a) Die zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Erklärung.

Die Meinung, daß unter jener nur die durch Worte vermittelte, unter dieser jede andere zu verstehen sei, ist längst abgethan. Man ist wohl allgemein einig, daß die ausdrückliche Erklärung eine beliebige Thätigkeit des zur Erklärung Veranlaßten zu dem ausschließlichen Zwecke seinen Willen kundzugeben, die stillschweigende dagegen schlechthin eine Handlung ist, aus welcher mit größerer oder geringerer Dringlichkeit auf das Vorhandensein eines Vertragswillens des Handelnden geschlossen werden muß (ähnlich Seuffert, Bd. I. § 72).

Daraus folgt, daß die ausdrückliche Erklärung nur in einer positiven Handlung bestehen kann, die stillschweigende dagegen sowohl in einer Begehungs- wie Unterlassungshandlung.

## §. 22.

### Bedeutung des Stillschweigens.

Unter die Unterlassungshandlungen zählt nun auch das Schweigen; wann gilt dieses als Vertragserklärung?

Das Schweigen ist an sich eine völlig indifferente Handlung. Soll es als Willensausdruck gelten, so muß es ein absichtliches sein, d. h. es müssen Umstände vorhanden sein, aus denen ein ver-

nünftiger Mann die Ueberzeugung gewinnen kann, der zur Erklärung Veranlaßte habe absichtlich geschwiegen, er betrachte sein Stillschweigen als Ersatz derselben.

Wann dieß anzunehmen, darüber können freilich die Contrahenten selber nicht einseitig Interpretationsregeln aufstellen, also z. B. der Offerent nicht das Präjudiz setzen, Schweigen werde als Annahme betrachtet. Wohl aber geben positives Recht und juristische Consequenz einzelne Beispielsfälle:

α) Bei der locatio conductio fundi gilt das Schweigen, d. h. der Nichtgebrauch vom Kündigungsrechte, auf Seite Dessen, dem dieses zusteht, und wenn es Beiden zusteht, auf Seite des ursprünglichen Offerenten als Offerte zu einer relocatio, das Schweigen des Anderen als Annahme derselben (l. 14. D. 19, 2.).

β) Als Zustimmung gilt das Schweigen überhaupt, wenn entweder eine anderweite concludente Handlung unnöthig ist, weil jeder vernünftige und diligente Mann in einem solchen Falle annehmen würde, oder wenn die Nichtzustimmung ohne besondere Erklärung hierüber wider allen Treu und Glauben verstoßen würde.

Jenes ist der Fall bei allen Vertragsangeboten, welche auf eine Bereicherung oder doch auf den reinen Vortheil des Anerbotenen abzielen, z. B. bei Schenkungen, dem stillschweigende Garantievertrag und allen Verträgen, deren Wirksamkeit von einer durch den zu verpflichtenden Oblaten erfüllbaren Potestativbedingung abhängt.

Dieses dagegen tritt ein, wenn der Oblat den Offerenten oder eine ganze Berufsklasse oder das Publikum auf privatem (Circular) oder öffentlichem Wege (Zeitungsannonce) zur Stellung von Offerten aufgefordert, d. h. sich zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat, oder wenn eine solche Aufforderung stillschweigend in den Umständen liegt (Commissionsbureau, dauernde Geschäftsverbindung; Regelsberger a. a. O. S. 96).

In den unter β) genannten Fällen wird übrigens der Zustimmungswille nur präsumirt.

Es steht also einmal dem Offerenten frei, diese Präsumtion von vornherein ausdrücklich oder stillschweigend auszu-

schließen, z. B. indem er ausdrückliche Antwort verlangt, oder Schweigen als Ablehnung betrachtet wissen will, oder eine Frist setzt.

Es kann aber auch der Oblat sein Schweigen (und jede andere concludente Handlung) mit einer ausdrücklichen (Brief) oder stillschweigenden Protestation (Zurückschicken der Waare) verbinden, wenn nicht gar schon die Umstände gegen jene Auslegung sprechen. Wenn z. B. zwei in Geschäftsverbindung stehende Kaufleute Zwistigkeiten halber seit längerer Zeit keine Geschäfte mit einander gemacht haben, und nun Einer von ihnen durch eine Offerte das alte Verhältniß wieder anknüpfen will, so wird er in dem Schweigen des Anerbotenen keine Zustimmung erblicken dürfen.

Freilich darf sich der schweigende Oblat nicht auf solche Umstände berufen, deren Geltendmachung gleichfalls wider die bona fides wäre. Dahin gehören alle diejenigen Umstände, die der Offerent nicht wissen konnte und nicht wissen mußte, z. B. ganz kürzliche Aufgabe des Geschäfts.

Das Resultat für die Vertragsperfection ist nun folgendes: Wenn kein Grund gegen die erwähnte Auslegung des Schweigens besteht, so wird bei $\alpha$) der Vertrag mit dem Ablauf der früheren Pachtzeit, bei $\beta$) mit der Kenntnißnahme der Offerte durch den Oblaten vollendet.

Kann das Schweigen als Ablehnung gelten? Dieß ließe sich nur dann denken, wenn eine zustimmende Erklärung wider Treu und Glauben, oder eine ablehnende so selbstverständlich wäre, daß es überhaupt keiner Erklärung bedürfte. Allein das Letztere läßt sich nicht einmal bei den lästigsten Vertragsangeboten (Bitte um eine Schenkung) annehmen, und überdieß liefen beide Fälle auf die Fiction hinaus, als ob der Offerent auf Ablehnung rechne, was mit der, Annahme bezweckenden, Natur der Offerte im grellen Widerspruche stünde.

Es ist also juristisch unrichtig, das Präjudiz zu setzen, Schweigen werde als Ablehnung genommen; das kann nur bedeuten, daß es nicht als Annahme gelten solle, die Offerte erlischt dann durch Zeitablauf.

## §. 23.

### b) Unmittelbare und mittelbare.

Die Erklärung kann auch eine **unmittelbare** oder **mittelbare** sein.

Die unmittelbare besteht in direkter Einwirkung auf die Körpersinne des Vertragsgegners (mündliche Rede, Niederschreiben und Ueberreichen der Antwort, Sprachrohr, Feuerzeichen, Nicken, Kopfschütteln), die mittelbare in Zuhilfenahme organischer Wesen oder organisirter Anstalten zur Uebermittlung der Willenskundgabe (Brieftauben, Briefpost, Telegraphie, Dienstmänner, Boten). Charakteristisch für die letztere Art ist die Möglichkeit der Vertragsvereitlung durch den physischen Untergang des vermittelnden Organs, aber auch bei der ersteren kann dasselbe durch eintretende Hindernisse geschehen (plötzliche Taubheit, Verwehen der Worte, Geräusch).

Dieser Unterschied beider Arten ist denn auch für die Perfectionsfrage ganz irrelevant, erheblich wird dagegen der hieher gehörige Unterschied der thatsächlichen menschlichen Mitwirkung zur Vertragschließung von der juristischen, d. i. der Unterschied zwischen **Bote** und **Stellvertreter**.

Der Begriff „Bote" darf hier natürlich nicht technisch, sondern nur juristisch genommen werden. Eine Person, die zur gewerbsmäßigen entgeltlichen Besorgung von Geschäften zwischen bestimmten Orten autorisirt ist, kann doch unter Umständen zum Stellvertreter gewählt werden, und die höchstgestellte Persönlichkeit kann bloßer Bote sein; es kommt Alles darauf an, was der Vermittler nach dem Willen des Erklärenden sein soll.

Soll er die irgendwie geformte Erklärung eines in allen wesentlichen Punkten bestimmten Willens einer Person an eine andere **überbringen** (man denke an den Sklaven, dem Cyrus die Kopfhaut beschrieb) oder eine solche zur bloßen **Rückübermittlung** in Empfang nehmen, so erscheint er als **Bote**, nuntius; seine Thätigkeit ist eine opera illiberalis, und er wird, wenn der Vertrag zu Stande kommt, dessen physischer Urheber.

Soll er dagegen seinen Auftraggeber in der Sphäre des Intellectuellen vertreten, d. h. nicht bereits Erklärtes hin- oder zurückbringen, sondern statt seines Auftraggebers erklären oder vernehmen, denn ist er Stellvertreter, mandatarius (oder negotiorum gestor); seine Thätigkeit ist eine opera liberalis und er selbst intellectueller Miturheber des Vertrags.

Der Bote ist sonach bloßes Mittheilungsorgan wie der Brief, der Stellvertreter Willensrepräsentant; dieß darf ebenso wenig Anstoß erregen, als daß der römische Sklave faktisch Mensch und juristisch Sache war. Die praktische Folge ist, daß eine Offerte als unvollendet zu gelten hat, so lange sie der Bote noch nicht übermittelt hat, mithin in den Fällen, wo im Schweigen eine Annahme liegt, auch der Vertrag noch nicht perfect ist, während beim Stellvertreter das Umgekehrte der Fall. Ganz dasselbe gilt bezüglich des Widerrufs und nach jener Theorie, welche zur Vertragsvollendung Kenntnißnahme der Acceptation fordert, auch bezüglich dieser.

Gleichgiltig ist es dabei, ob der Bote eine schriftliche oder eine mündliche Erklärung zu überbringen hat, ob er von ihrem Inhalte blos Kenntniß oder ein tieferes Verständniß hat, ob er sich jeder Einmischung enthält oder ohne Autorisation in die Vertragschließung „hineinredet". Ja es muß, wenn einmal der Bote bloßes Mittheilungsorgan ist, irrelevant sein, ob der übermittelnde Bote vom Erklärenden oder vom Vertragsgegner abgesendet ist.

Nichts Anderes scheint das R.R. zu bestimmen. Wenn Labeo (l. 2. pr. D. II. 14) sagt: Conveniri posse vel re, vel per epistolam vel per nuntium inter absentes quoque posse, so unterscheidet er die Vertragschließung unter Anwesenden und unter Abwesenden und stellt bei letzterer die briefliche und die durch Boten vermittelte einander gleich. Vorausgesetzt wird dabei freilich, daß dieß die richtige Interpunktion und Interpretation jener Stelle sei, was übrigens aus der Uebersetzung der Basiliken erhellt: *Συμφωνεῖ τις καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν δι' ἐπιστολῆς καὶ δι' ἀγγέλου.*

Anders die Savigny'sche Schule. Sie kennt keinen Unterschied zwischen Boten und Stellvertretern in dem vorerörterten Sinne, und muß deßhalb auch die praktische Folge leugnen. Sie unterscheidet nur zwischen dem geheimen und offenen Stellvertreter, und behauptet, letzterer werde, sofern er sich innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht halte, mit seinem eigenen Willen gar nicht thätig, er sei stets der willenlose Träger eines fremden Willens, nuntius.

Diese Begründung ist wohl nicht ganz zutreffend. Die Vollmacht ist gar oft eine so allgemeine und unbestimmte, daß die Formulirung einzelner Punkte (Preisbestimmung, Zahlungszeit) dem Willen des Vertreters völlig überlassen bleibt, und selbst die detaillirtere Vollmacht steckt dem Mandatar nur die Gränze, bis zu welcher er seinen eigenen Willen walten lassen darf, den eben der Auftraggeber im Voraus gebilligt und für den seinigen erklärt hat. Gerade hierin aber liegt ein Akt des Vertrauens in die Persönlichkeit, besonders in die Geschäftsgewandtheit des Repräsentanten, der diesen wesentlich vom bloßen Boten unterscheidet.

Uebrigens soll die Savigny'sche Distinction für die Frage nach dem Uebergang obligatorischer Rechte und Verbindlichkeiten auf den Vertretenen (System III. § 113) in ihrer Richtigkeit nicht angezweifelt, sondern nur betont werden, daß für die Frage der Vertragsperfection noch eine weitere, subtilere Unterscheidung innerhalb der offenen Stellvertretung erforderlich sei.

## §. 24.

### c) Durch oder ohne Stellvertreter.

Die Erklärung kann endlich durch (offene) Stellvertreter abgegeben werden oder nicht.

Jede durch oder an einen beauftragten offenen Stellvertreter abgegebene Erklärung wirkt gerade so, als ob sie durch oder an den Auftraggeber abgegeben worden wäre, da ersterer den letzteren in seiner Willenssphäre vertritt. Ist diese Wirkung Vertragsvollendung, dann ist fortan auch jede Einwirkung des Stellvertreters ausgeschlossen, er kann also z. B. ohne Mandatsverletzung dem Oblaten sein Wort nicht zurückgeben.

Welchen Einfluß übt aber die Erklärung eines unbeauftragten Stellvertreters, negotiorum gestor, auf die Vertragsperfection?

Hier kommt vorerst Alles darauf an, ob der dritte Paciscent die Eigenschaft des negotiorum gestor als solchen kannte. Kannte er sie nicht, glaubte er also mit Diesem selbst abzuschließen, so wird wie beim geheimen Mandatar der Vertrag nur mit ihm perfect, und der Uebergang auf den Vertretenen kann nur durch Cession bewirkt werden. Kannte er dagegen jene Eigenschaft, so ist auf die Art des Zustandekommens des Vertrags zu sehen.

Hat der n. g. dem Dritten oder Dieser Jenem im Bewußtsein seiner Stellung eine Offerte gemacht, dann ist nicht abzusehen, warum nicht mit der Annahme des Einen und bezw. des Andern ein Vertrag perfect werden sollte. Hat dagegen der Dritte dem für anwesend gehaltenen Abwesenden ein Vertragsanerbieten, etwa schriftlich gemacht, und der n. g. will dieses unter Bekanntgabe seiner Eigenschaft acceptiren, so kann ein Vertrag nicht sofort perfect werden; denn der Antrag war nicht an den n. g. gerichtet, vielmehr ist seine Erklärung jetzt selbst ein Antrag.

Aus diesem Gesichtspunkte und mit dieser Beschränkung erklärt sich einfach die Behauptung Regelsberger's (l. c. S. 87), der Offerent werde erst gebunden, wenn er die Annahme des unbeauftragten Geschäftsführers genehmigt habe.

Uebrigens hat der perfecte Vertrag vor der Ratihabition durch den Vertretenen ein prekäres Dasein, und es besteht namentlich für Diesen, in Ermanglung des nöthigen Bevollmächtigungsverhältnisses, weder eine Berechtigung noch eine Verpflichtung. Es besteht einstweilen nur die Möglichkeit, daß der Vertretene gegen den Dritten, und umgekehrt, oder Beide gegen einander berechtigt werden. Diese Möglichkeit lassen sich der negotiorum gestor im Interesse des dominus negotii, und der Dritte im eigenen Interesse gegenseitig garantiren, sie begeben sich vertragsmäßig jeder einseitigen Verfügung über dieselbe, bis sie durch Ratihabition zur Wirklichkeit werde. Der Widerruf eines Einzelnen ist also einerseits wirkungslos (anders Pufendorf), ferner ist die Berechtigung und Verpflichtung des negotiorum gestor eine höchst persönliche,

die mit seinem Tode nicht in seine Erbschaftsmasse über- sondern untergeht; andrerseits aber können beide Contrahenten vor erfolgter Ratihabition das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältniß durch mutuus dissensus wieder aufheben (Regelsberger S. 88—89).

Ist der Antrag des Dritten befristet, so genügt es, daß der negotiorum gestor innerhalb der Frist acceptire, und die Ratihabition des dominus kann wann immer erfolgen, es müßte denn sein, daß die Frist nach Verabredung oder nach Lage der Umstände auch für die Ratihabition gelten solle; z. B. wenn es auf die jederzeitige Möglichkeit des Vertragsvollzuges abgesehen ist, und dieser nicht in der Macht des Geschäftsführers liegt. Der Vertrag bleibt hier unvollzogen wegen Ausfalls einer Suspensivbedingung.

## §. 25.

## 2. Formen der Erklärung.

Im R.R. bedurfte jeder Vertrag zu seiner Klagbarkeit des Abschlusses in einer gewissen Form, die nur in seltenen Fällen durch den bloßen Consens oder durch Hingabe einer Sache oder Vorgehen mit einer Leistung ersetzt werden konnte; heutzutage bildet die Klagbarkeit formloser Verträge die Regel. An sich freilich muß bei jeder Vertragschließung der Wille der Contrahenten in irgend einer Weise in die Erscheinung treten, und der Ausdruck Formlosigkeit kann daher nur so viel sagen, daß es für das rechtliche Dasein eines Vertrags gleichgiltig sei, durch welche Facta sich der nöthige Consens manifestire.

Soll nun bei einem einzelnen Vertrage oder bei einer Gattung von Verträgen nur diejenige Erklärung rechtswirksam sein, welche sich in bestimmten Factis manifestirt, gewisse Eigenschaften hat, und jede anders geeigenschaftete als nutzlos betrachtet werden, so ist jene Regel durchbrochen.

Dieß ist denn auch für das heutige Recht vielfach der Fall. Nicht nur, daß aus dem Justinianischen Rechte manche Formen beibehalten wurden, so wurden diese noch durch eine Menge dem

Geiste des modernen Rechts entstammter, particularrechtlich weiter ausgebildeter Formen vermehrt, und überdieß ist es zu allen Zeiten den Contrahenten selber freigestanden, diejenigen Eigenschaften festzusetzen, bei welchen allein Offerte und Accept zu einem von ihnen beabsichtigten Rechtsgeschäft Geltung haben sollen.

Dadurch gewinnen wir die Definition der Vertragsform: Sie ist die durch Rechtsvorschrift oder Partheiwillen für das rechtliche Dasein eines Vertrags als nothwendig festgesetzte Erscheinungsweise der Willenserklärung.

Daneben gibt es aber auch Formen, welche nicht Erscheinungsweisen der Erklärung und nicht für das rechtliche Dasein des Vertrags nothwendig, sondern nur Accidentien der Erklärung sind und nur die Wirksamkeit des perfecten Vertrags insoferne beeinflussen, als sie dieselbe entweder bedingen oder erhöhen oder den processualischen Beweis sichern sollen. Sie sind eher Formalitäten als Formen zu nennen, doch erheischt es die Uebersichtlichkeit der Sache, beide Arten unter diesem gemeinsamen Namen zu behandeln.

## §. 26.

## A. Gesetzliche Formen.

### 1) Zur Existenz nothwendige.

#### a) Zur begrifflichen Existenz.

Die gesetzlichen Formen sind nach vorstehender Ausführung:

1) solche, welche zur Existenz des Vertrags nothwendig sind. Dabei kann entweder:

a) die Existenz von der Form in der Weise abhängen, daß sie ohne dieselbe nach dem bestehenden Rechte gar nicht möglich wäre, also der Vertrag durch die Form auch begrifflich erst geschaffen wird. So ist z. B. das Versprechen einer Geldsumme ohne jede materielle **causa debendi** und noch dazu an ungewisse Personen an sich keineswegs rechtsverbindlich, dieß wird es aber durch eine eigenthümliche durch Gewohnheitsrecht und Gesetz ausgebildete Form, die Wechselform.

Solche Formen sind somit Haupt- und Grundbestandtheile der ohne sie gar nicht denkbaren Verträge, die darum mit Recht „Formalverträge" heißen. Warum Regelsberger (S. 138) meint, daß „bei ihnen die Form nicht charakteristisch und sogar ein entbehrliches Moment sei", ist nicht recht abzusehen.

Formen dieser Art haben eine gewisse Aehnlichkeit mit den römischen causae civiles obligationum. So zeigt namentlich der Typus der modernen Formalcontracte, der Wechsel, welcher nach der überzeugenden Ausführung Dahn's (in Bluntschli's deutsch. Priv.-R. §. 170. Nr. 5) aus zwei streng formellen Handlungen, der verpflichtenden Wechselunterschrift und der berechtigenden Uebergabe besteht, eine innige Vermischung zwischen einem Litteral- und Realvertrag; denn in ersterer Beziehung läßt er sich mit dem römischen Eintrag in die Hausbücher, in letzterer mit einem Innominatrealcontract vergleichen. Wäre der Wechsel kein strenger Formalcontract, so müßte er auch als einfache Schuldurkunde klagbar sein; dieß ist aber unzulässig (Münchener OAGE. in d. Bl. f. R.-A. XXX. 364). Darum irrt Arndts (Pd. §. 232. A. 2), wenn er der Wechselform bloß eine processualische Bedeutung, etwa wie den Urkunden im Executivproceß, beilegen will.

## §. 27.

### Klaglosigkeit des formlosen Vorvertrags.

Was die Perfection der Formalverträge anlangt, so tritt dieselbe entschieden erst mit der Vollendung der Form ein. Es fragt sich aber, ob vor dieser keinerlei Verbindlichkeit vorhanden sei und die deßfallsigen Willensäußerungen stets nur den Charakter von Tractaten haben, oder ob sie unter Umständen ein sogenanntes pactum antecedens enthalten, aus welchem die Form und damit indirect die Vertragsperfection klagweise erzwungen werden könne. Ist also z. B. ein Uebereinkommen, wonach A dem B einen Wechsel auszustellen verspricht, klagbar?

Für die Beantwortung dieser Frage finden wir in den Gesetzen keine Anhaltspunkte. Zwar gibt es ein klagbares pactum de cambiando, aber dieses bezieht sich nur auf Einforderung der

Valuta für einen hingegebenen Wechsel (Bluntschli's D. P.-R. §. 173. Nr. 1). Auch Justinian's Compilationen können begreiflicher Weise kein hieher einschlägiges Beispiel enthalten. Denn **pacta antecedentia** waren damals überhaupt nicht klagbar; Stipulationen über künftige Verbalcontracte wären ein Unding gewesen; Stipulationen über künftige Litteralcontracte würden hier wohl vor Allem entscheidend sein, allein sie kommen meines Wissens in den Compilationen nicht vor, weil Litteralcontracte schon zu Justinian's Zeit eine Antiquität waren; Stipulationen über künftige Realcontracte endlich scheinen mir deßwegen keine zulässige Analogie zu bieten, weil, von der exceptionellen Stellung der Realverträge abgesehen, die **datio rei** nicht sowohl Form, als vielmehr Ersatz der Form war (Windscheid's Pd. § 312 a. A.).

Was das heutige Rechtsleben betrifft, so mag sich an manchen Orten die Uebung finden, daß mit einander in Abrechnung stehende Kaufleute sich gegenseitig verpflichten, für den jeweilig sich ergebenden Saldo einen Wechsel auszustellen (Wechselschluß). Allein diese Gewohnheit ist nicht allgemein, und kann für die Klagbarkeit ähnlicher **pacta antecedentia** Nichts beweisen. Vielmehr muß, wenn einmal Ausstellung und Uebergabe alleiniges Substrat des Wechsels sind, die Irrelevanz alles vorhergehenden Paciscirens als Regel aufrecht erhalten werden.

Wollte man aber, vielleicht aus praktischen Gründen, behaupten, daß die **littera** so gut wie die **res** aus dem Vorvertrage erzwungen, also aus obigem Uebereinkommen auf Erfüllung geklagt werden könne, so würden sich Dem gerade vom praktischen Gesichtspunkte aus Bedenken entgegenstellen, wie sie in gleichem Maaße bei den Gesetzesformen der zweiten Art auftreten.

## §. 28.

### b) Zur gesetzlichen Existenz.

Es gibt nämlich Gesetzesformen, welche nicht die begriffliche, sondern nur die gesetzliche Existenz, d. h. die Giltigkeit der Verträge bedingen, die ohne sie an sich wohl bestehen könnten. Beispiele: die gerichtliche Insinuation größerer Schenkungen, die

schriftliche, notarielle oder gerichtliche Verbriefung von wichtigeren Schuldverträgen, namentlich Immobiliarverträgen (Art. 14 d. bayr. Notar.=Ges.).

Der Zweck solcher Formen ist gewöhnlich ein doppelter: einmal die Publicität und dauernde Fixirung der tief in's Verkehrs= und Creditleben eingreifenden Geschäfte, und zweitens die Schaffung einer Schutzwehr gegen die bei abnehmender Redlichkeit immer häufiger werdenden Uebervortheilungen, die Verhütung leichtsinniger oder übereilter Vertragschließungen und die Abschneidung der daraus entstehenden Processe. Namentlich für jene Personen, denen schon die Gesetze rusticitas beimessen, und die ihre Verträge nach alter Vätersitte in der Taberne abschließen, sind solche Formvorschriften höchst wohlthätig, einmal weil es in der Hand des Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt, sie mit den rechtlichen Folgen des beabsichtigten Geschäfts bekannt zu machen und ihnen dessen ganzen Ernst vor Augen zu führen, und dann, weil sie in der Zwischenzeit, bis sie zu ihm kommen, sich ernüchtern und besinnen können.

Soll aber der angegebene Doppelzweck erreicht werden, so muß die gesetzliche Form nicht nur das Fundament des ganzen Vertrags, die schriftliche, notarielle oder gerichtliche Urkunde die Trägerin des Geschäfts sein, sondern es muß auch allen vorhergehenden Uebereinkünften, in welcher andern Form sie sich immer manifestirt haben mögen, nach jeder Richtung hin die Giltigkeit versagt und namentlich keine Klage auf Herbeiführung der Form, z. B. der notariellen Verbriefung, zugelassen werden.

In diesem Sinne sprechen sich die verschiedensten Erkenntnisse der obersten Instanzen und die Gutachten bewährter Praktiker mit seltener Einmüthigkeit aus. „Der Consens der Contrahenten", heißt es in den Bl. f. R.=A., „müsse sich — und darin bestehe gerade der Unterschied gegen früher — in der notariellen Urkunde manifestiren" (XXIX, 301); — „ein nicht notariell errichteter Vertrag über das Eigenthum an Immobilien sei völlig kraftlos und erzeuge keine Klage, insbesondere keine solche auf Erfüllung des ja rechtlich gar nicht existent gewordenen Vertrags" (XXVIII, 57); — „die Verbriefung durch den Notar sei nicht Erfüllung eines

vor derselben ja rechtlich gar nicht existirenden Vertrages, sondern sie sei die Form, durch welche ein Kauf u. dgl. über Immobilien erst zu Stande kommt" (XXVIII, 60); — „wollte man eine Klage auf endliche Fertigung gestatten, so würde man die abgenützte Ansicht wieder auffrischen, das vollständige Wesen des Vertrags liege immer im (formlosen?) Consens, die Verlautbarung vor dem Notar sei nur eine Formalität, und wer consentire, Der verpflichte sich kraft eines wirksamen pactum de contrahendo, den Vertrag gehörig formalisiren zu lassen".

Auch die auf Grund eines wegen mangelnder Form nichtigen Vertrags erfolgte Leistung macht denselben nicht perfect und berechtigt nicht zur Einforderung der Gegenleistung; vielmehr kann das Hingegebene vindicirt, bezw. mit einer condictio sine causa — nicht indebiti, welche factischen Irrthum voraussetzt — zurückgefordert werden. Manche Rechtslehrer (Glück, Pd.-Comm. XIII, 135, Eichhorn, D. P.-R. §. 93 S. 275) bestreiten Dieß, indem sie die gesetzlichen Formvorschriften für leges praeceptivae halten; andere (Sintenis, Obl.-R. §. 96 Not. 6) erklären sie für leges prohibitivae und gewähren in Uebereinstimmung mit dem R.R. (l. 6. D. 24, 1. l. 21, §. 1. i. f. D. 39, 5. c. 18. C. 4, 23) ein Rückforderungsrecht. Und natürlich; denn da der Consens so gut wie nicht, weil nicht formell, erklärt, der Vertrag also nicht existent ist, so ist die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt; für ein nicht existirendes Geschäft gibt es eben keinen Vollzug, keine Erfüllung, auch keine theilweise oder einseitige.

Selbst die Verabredung einer Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung oder Nichtformalisirung unter dem Titel einer Entschädigung ist nichtig und muß es sein, wenn nicht Umgehungen des Gesetzes ermöglicht werden sollen. Denn durch die Zulassung solcher Poenalstipulationen würde man die früher zahllosen Processe, die man zur einen Thür hinausgewiesen hat, durch die andere wieder hereinlassen. Auch kann der Gesetzgeber keinerlei indirecten Zwang zur Erfüllung des nichtigen Vertrages billigen und wenn das Gesetz den Willen der Paciscenten so lange für frei erklärt, als er nicht in eine gewisse Form gefaßt ist, so geht

es nicht an, diese Freiheit durch die weitere Uebereinkunft zu beschränken, es solle eine gewisse Strafe verwirkt werden, wenn der rechtlich freie Wille sich nicht in Dem, worin er nach dem Gesetz frei ist, für gebunden erachte und das gesetzlich Nichtige und Unwirksame erfülle.

Ebenso wenig kann ein Contrahent Ersatz für den Gewinn verlangen, den er aus dem beabsichtigten Vertrage hätte machen können, und der ihm durch die Weigerung der Formalisirung entging. Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, daß der Weigernde für den seinem Vertragsgegner etwa zugefügten Schaden, der auch in dem Entgang eines anderwärts zu machenden Gewinnes liegen kann, aufkommen müsse. Denn nach einer früheren Ausführung enthält jede Vertragserklärung ein durch Stillschweigen acceptables Entschädigungsanerbieten des Erklärenden für den Fall eines auf seiner Seite eintretenden Perfectionshindernisses (Kap. I. a. E.).

Freilich wird in solchen Fällen der Ersatzanspruch meistens durch die exceptio culpae elidirt werden können, und eine culpa wird stets dann vorhanden sein, wenn die formlose Uebereinkunft in einer Weise zu Stande kam, deren Gefährlichkeit für den Weigernden eben durch die Formvorschrift paralysirt werden sollte. Wenn z. B. ein Landmann im halbtrunkenen Zustande einen Gutsverkauf vereinbart hat, in der Nüchternheit aber die notarielle Verbriefung, weil ihm der Verkauf Schaden brächte, verweigert, und nun vom Käufer auf Ersatz seiner Ganggebühren belangt wird, so kann er der Klage die Einrede culposer Handlungsweise mit Erfolg entgegensetzen; war er aber bis zum Abschluß des Vertragsinstruments bei vollen Verstandeskräften und weigert sich schließlich nur der Unterschrift, weil ihn der Handel reut, so muß er Jenem seine Ganggebühren und die etwa verlegten Notariatskosten vergüten. Denn das Gesetz, hier der Art. 14 des bayr. Not.-G., will zwar der unbedachten, leichtsinnigen Uebernahme jedweder Verbindlichkeit in Bezug auf Immobilien einen Damm setzen, aber es gestattet nicht dem Eigensinne oder der Chicane eines Contrahenten, jene Form zur Schädigung des andern zu benützen.

Unerheblich dagegen wäre der Einwand, auch der Garantievertrag bedürfe der vorgeschriebenen Form. Diese bedarf er nicht, weil weder die Beschaffenheit des Gegenstands (Immobilien) noch die Intention des Gesetzes (Vermeidung von Schädigungen des öffentlichen Interesses) sie erfordert.

## §. 29.

### 2) Im öffentlichen Interesse erforderliche.

Die zweite Art gesetzlicher Formen sind diejenigen, welche nicht für die Existenz der Vertragserklärung und für die Giltigkeit des Vertrags, und überhaupt nicht im Interesse der Paciscenten, sondern als Accidentien des Vertrags zur Wahrung gewisser öffentlicher Interessen nothwendig sind.

Das gemeine Recht kennt solche Formen für Schuldverträge nicht, wohl aber lassen sich Beispiele aus andern Gebieten des modernen Rechts als Analogieen herbeiziehen, z. B. aus dem dinglichen Rechte die Eintragung der Immobiliarverpfändungen in's Hypothekenbuch. Hiedurch wird nicht beabsichtigt, dem Verpfänder eine reifliche Ueberlegung der bezweckten Verpfändung und den Rücktritt bis zum letzten Augenblicke zu ermöglichen, und man könnte von diesem Standpunkte aus den formlosen Verpfändungsvertrag unbedenklich gelten lassen; andrerseits soll aber dadurch eine beständige Einsicht in den Immobiliarvermögensstand der Grundbesitzer gewährt, der Realcredit gesteigert und das Concursverfahren vereinfacht werden, und dieser Zweck verlangt gebieterisch die Ungiltigkeit formloser Immobiliarverpfändungen.

Wollte man nun die verschiedenen Interessen gewissenhaft auseinanderhalten, so käme man dahin, einem nicht eingetragenen pactum hypothecae interessirten Dritten gegenüber die Giltigkeit zu versagen, es dagegen aufrecht zu erhalten, so oft es zwischen den Contrahenten allein zur Sprache käme. Diese Distinction wäre wohl consequent, aber nicht praktisch, weil ihre Durchführung die größten Inconvenienzen und überdieß Umgehungen des Gesetzes, z. B. durch Scheinprocesse, herbeiführen würde.

Das öffentliche Interesse als das höher stehende fordert also auch hier, daß der formlose Vertrag dem förmlichen nicht gleichstehe. Aber Das kann und muß nach dem bisher Gesagten hier zugestanden werden, daß aus dem formlosen Vertrage, wenn sich nur der Consens in erkennbarer Weise dargethan hat, auf endliche Formalisirung selber geklagt werden kann. Diese Folgerung finden wir — natürlich analog genommen — z. B. in der particularrechtlichen Zulassung des Eintrags eines formlos zu Stande gekommenen Verpfändungsvertrags (bayr. Hyp.-Ges. §. 13 u. 15, nur daß jetzt nach Art. 14 des Not.-G. die vorausgehende Uebereinkunft notariell gefertigt sein muß), ferner in der Giltigkeit der Strafverabredung (Regelsberger S. 142) bestätigt.

Nicht zu den hier behandelten Formen, Formalitäten, gehört die gesetzlich vorgeschriebene richterliche Bestätigung von Verträgen. Die Contrahenten sind hier sofort und zwar zunächst dazu verbunden, die Entscheidung des Richters herbeizuführen, deren bestätigendes Resultat aufschiebende Casualbedingung für den Vertrag ist.

Ergebniß: Wo gesetzliche Formen in Frage stehen, da ist der vollgiltige Vertrag vor Vollendung der Form niemals, und ein Vertrag mit dem Rechte auf Formalisirung nur dann perfect, wenn die Form (Formalität) lediglich im öffentlichen Interesse erfordert wird; ein erlittener positiver Schaden dagegen macht den Contrahenten, auf dessen Seite das Perfectionshinderniß eintrat, ersatzpflichtig, was durch die Klage aus dem stillschweigenden Garantievertrage (actio in factum oder Contractsklage; Windscheid's Pd. §. 307 A. 2) geltend gemacht und durch die Einrede der Verschuldung (oder Arglist) abgewendet werden kann.

## §. 30.

## B. Verabredete Formen.

Bezüglich des Einflusses derselben auf die Vertragsperfection sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Ist die verabredete Form ohnehin auch vom Gesetze vorgeschrieben oder erfordert das Gesetz eine andere Form, dann kann vor dem Hinzukommen der gesetzlichen Form, den

Fall unter A. 2) ausgenommen, keinerlei Verbindlichkeit erwachsen. Haben also z. B. zwei Personen unter der Herrschaft des bayr. Not.=Ges. einen Kaufvertrag über ein Grundstück abgeschlossen und dabei die notarielle, oder blos die schriftliche Fertigung verabredet, dann bestehen vor der notariellen Verbriefung in beiden Fällen bloße Tractate.

2) Erfordert das Gesetz gar keine Form, dann hängt die Bedeutung der verabredeten Form von der Intention der Contrahenten ab. Diese sind nun entweder:

a) über alle wesentlichen Punkte des Vertrags willenseinig, sie betrachten den Vertrag als bereits völlig abgeschlossen und die vereinbarte Form nicht als das äußerliche Gewand ihrer Vertragserklärungen, sondern nur als eine Solennität, die etwa im Interesse ihrer Geschäftsordnung oder zum Zwecke eines vielleicht künftig nöthigen Beweises hinzukommen soll, oder höchstens als eine (mehr oder minder potestative) Bedingung, vor deren Eintritt der Vertrag noch nicht in Vollzug gesetzt werden solle; oder

b) indem sie das Bedürfniß einer gegen mögliche Uebereilungen und Uebervortheilungen sichernden Form herausfühlen, schaffen sie in Ermanglung einer gesetzlichen Vorschrift gewissermassen selbst sich ein Gesetz und errichten durch ihren eigenen Willen eine Schranke, welche trotz der vorläufigen Gleichheit ihrer Willensmeinungen die Perfection des beabsichtigten Vertrages wie überhaupt die Entstehung von Verbindlichkeiten auf Erfüllung hindern und Beiden den Rücktritt bis zum letzten Augenblicke wahren soll. Damit verlegen sie zugleich den Schwerpunkt des Vertrages in die Form, sie ist ihnen nicht der Schlußstein, sondern der Grundstein des Vertrages, in ihr nimmt er, den die bisherigen Unterhandlungen nur vorbereiten halfen, seinen Anfang und findet zugleich seinen Abschluß.

Die möglichen Zwecke sind also bei der verabredeten Form dieselben wie bei der gesetzlichen; sie ist entweder ein bloßes Accidens des Vertrages — Beweismittel oder Bedingung —, oder die Erscheinungsweise der bindenden Erklärung — Vertragselement.

Ist die Form (Formalität) als **Bedingung** gemeint, dann suspendirt sie die Vollziehbarkeit des Vertrages, und falls sie beiderseits rein potestativer Natur, z. B. Austausch schriftlicher Vertragsexemplare, dann kommt der Fall praktisch dem gleich, wo die Form (Schrift) von vorne herein Vertragselement sein soll.

Ist die Form **Beweismittel**, dann kann nicht nur jederzeit auf endliche Formalisirung, sondern auch **sofort auf Erfüllung** geklagt werden, sofern sich nur das formlose Zustandekommen des Vertrags auch auf andere Art beweisen läßt; und diese Abweichung von der Analogie **gesetzlicher** Beweisformen (A. 2) ist darum gerechtfertigt, weil hier nicht, wie dort, durch Zulassung des Klagerechts ein öffentliches Interesse verletzt oder ein öffentlicher Zweck vereitelt wird.

Ist endlich die Form **Vertragselement**, dann entsteht vor deren Existenz durchaus keine Verbindlichkeit, auch keine zur Formalisirung, und soll sie in **schriftlicher** Fertigung bestehen, dann ist der Vertrag nicht eher perfect, als bis die Reinschrift desselben ausgefertigt und von beiden Theilen unterschrieben oder die beiden gesondert unterzeichneten Vertragsexemplare gegenseitig ausgewechselt worden sind (arg. c. 17. C. 4, 21. **Seuffert's** Pd. §. 274).

## §. 31.

### Ermittlung der Intention der Contrahenten.

Vielfach ist die Frage ventilirt worden, nach welchen Grundsätzen die **Intention** der Contrahenten zu ermitteln sei.

Die älteren Juristen sahen hauptsächlich auf die **wörtliche** Willensäußerung und gründeten darauf eine Menge von Rathschlägen, Cautelen, Clauseln zum Zwecke vorsichtiger Eingehung der Contracte. So behaupten **Leyser** der Sohn (Spec. 272. med. 1 & 2), **Walch**, (Contr. j. c. ed. III. pag. 446), **Brunnemann** (siehe Holzschuher's Casuistik, III., 269), **Stryk** (de caut. contr. S. II. cap. 8 §. 1.), daß die Verabredung der Schriftform nur dann auf die Perfection des Vertrags influire, wenn ausdrücklich und wörtlich vereinbart worden sei, daß vor der Formalisirung kein Theil gebunden sein solle, — conventio, quod partes

obligari prius nolint, expressa esse debeat. Leyser der Vater dagegen meint, daß Dieß schon dann geschehe, wenn sich die Contrahenten die schriftliche Abfassung einfach vorbehalten hätten, — quod saltem animum conficiendi scripturam verbis aut factis declararint.

Nun ist offenbar die erste Ansicht zu enge; denn warum soll gerade hier der Partheiwille sich nicht durch facta concludentia darthun können?

Die zweite Ansicht dagegen, der unter den Neueren noch Keller (Pd. §. 222) beipflichtet, geht zu weit; sie fingirt geradezu, daß, so oft die Contrahenten eine (schriftliche) Form überhaupt gewollt haben, diese als Vertragselement gemeint sei. Und doch scheint diese Ansicht durch die berühmte

Const. 17. Cod. IV, 21. und
pr. Inst. III, 24 (23)

bestätigt zu sein.

Aber es scheint auch nur so. Es muß wiederholt darauf bestanden werden, daß schon die Ausdrucksweise des Kaisers — confici, in scriptis fieri — uns auf den Fall hinweist, wo die Schriftform der schöpferische Act für den Vertrag ist, und Jeder wird zugeben müssen, daß, wenn es sich um ein bloßes Hinzukommen der Form handelte, diese Worte nicht hätten gebraucht werden können. Und darin besteht ja gerade das Charakteristische der Form als bloßer Solennität, daß sie nur ein Accidens zum Vertrage ist. Für den Fall, daß die Form nach bereits vollendetem Hauptvertrage vereinbart wird, ist Dieß ohnehin unbestritten; warum soll es anders sein, wenn die Erklärungen zum Hauptvertrage und die über die Formalität neben einander hergehen? Wenn z. B. A dem B ein Reitpferd zum Kaufe anbietet, daneben aber verlangt, daß dieser Kauf auch schriftlich redigirt werde, weil seine Geschäftsgewohnheiten es mit sich brächten, und B erklärt sich mit Beidem einverstanden, was berechtigt uns zu fingiren, der Verkäufer wolle die vor der schriftlichen Redaction geführten Verhandlungen als unverbindlich betrachten? Hätte Justinian in diesen Stellen eine wahre Willensfiction geschaffen, dann wäre der Fall, wo die

Form bloße Beweissolennität, gar nicht mehr möglich, und für die l. 24 D. 22, 4, die doch klar von dieser Möglichkeit spricht, bliebe kein Raum mehr. Es bedarf somit gar nicht der Berufung auf die mangelnde Reception dieser Gesetzesstellen oder der Zuhilfenahme eines allgemeinen derogatorischen Gewohnheitsrechtes, um zu dem Schlusse zu gelangen, der Kaiser habe nur für den Fall der Verabredung der Form als Vertragselement die vielleicht damals strittigen gesetzlichen Folgen genau fixiren, wenn nicht gar bloß die Erfordernisse der Schriftform bestimmen wollen (vergl. Regelsberger, Erört. S. 158 mit Setzer, Abhandl. a. d. Civ.=R. I. Bremen 1860).

Ist es aber noch begreiflich, wie in jenen Stellen eine Willensfiction gefunden werden konnte, so ist völlig nicht einzusehen, wie dieselben eine Präsumtion, daß die verabredete Form als Vertragselement gemeint sei, enthalten sollen, wie Sintenis (Obl.=R. §. 96 Not. 7), Seuffert (Pd. §. 274), Puchta (Pd. §. 251 Not. a), Arndts (Pd. §. 232 A. 3) meinen. Der Wortlaut enthält doch in der That keine Spur davon. Dieser Auffassung scheint lediglich die Rücksicht auf die aequitas zu Grunde zu liegen, die es unbillig findet, daß ein Contrahent, der sich zur Formalisirung des Vertrages bereit erklärt hat, schon vor deren Eintritt auf Erfüllung soll klagen können. Allein, wenn die Form conditio ist, kann Dieß ohnehin nicht geschehen; ist sie dieß aber nicht, wollen also die Contrahenten schlechthin den Vertrag und daneben die Form, so liegt auch in der Zulassung sofortiger Erfüllungsklage keine Unbilligkeit.

Demnach muß die Frage, ob die Scriptur blos die Solennität oder die Willenseinigung selbst zum Zweck hat, nach den gewöhnlichen Regeln entschieden werden. Der Richter erwägt die Fassung der Willenserklärungen, vor Allem der Offerte, und legt ihnen den Sinn unter, in welchem sie ein vernünftiger Mann nach den ihm bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung eines etwa herrschenden Platzgebrauchs auffassen mußte. Bleibt in dieser Hinsicht ein Zweifel übrig, so heißt es hier wie überall: In dubio pro reo.

## §. 32.

## Die Punctation.

Gleichwohl gibt es für Einen Fall eine Rechtspräsumtion für die der Formverabredung zu Grunde liegende Absicht, nämlich bei der Punctation. Sie beruht aber nicht auf römischen Quellen, sondern wie das ganze Institut der Punctation auf der Fortbildung durch deutsches Gewohnheitsrecht, Gerichtspraxis, Gutachten der Juristen und Facultäten und auf der Analogie moderner Gesetzgebungen (Müller, de minuta, Jenae 1699. Klein, merkw. Rechtsspr. d. Halle'schen Jurist. Fac. Bd. I. Nr. 11. Preuß. Ldr. Th. I. T. 5 §. 120—1.), welche sich wiederum durch die eigenthümliche Beschaffenheit der P. leiten ließen.

Die Punctation, d. i. die schriftliche Aufzeichnung eines in allen wesentlichen Punkten bereits zu Stande gekommenen Vertrags, der weiterer Verabredung gemäß noch in eine besondere Form, also entweder in ein solenneres Instrument oder in eine sonstige Form, gebracht werden soll, ist an und für sich Nichts als eine schriftlich documentirte Willenseinigung, die nach deutschem Rechte keine größere Kraft als der mündlich erklärte Consens beanspruchen kann. Gesetzlichen Formen gegenüber hat sie also den Charakter eines bloßen Tractats, bei verabredeten entscheidet die Intention der Contrahenten.

Allein bezüglich der Ermittlung dieser Intention muß, wie nicht zu verkennen, dem Umstande, daß die Contrahenten ihren Consens über die Essentialien des Vertrags bereits in einer festen Form, der schriftlichen, manifestirt haben, eine wesentliche Bedeutung eingeräumt werden. „Hier haben die Partheien", sagt Puchta (Pd. §. 251 Not. f), „bereits zwei Schritte gemacht, mündliche Verhandlung und schriftliche Conception; unter diesen Umständen wird die Intention bloßer Tractate unwahrscheinlich". Es ist die Wahrscheinlichkeit nahe gelegt, daß, da der Vertragswille in der ersten (schriftlichen) Form vorsorglich zur Genüge constatirt ist, die zweite (solennere) Form lediglich zum Zwecke größerer Sicherheit des Beweises in Aussicht genommen werde.

So lange daher nicht das Gegentheil erwiesen ist, ist die Punctation selbst vor dem Hinzukommen der verabredeten Form als ein fertiger Vertrag zu betrachten, aus welchem nicht bloß auf Formalisirung, sondern sofort auf Erfüllung geklagt werden kann.

## §. 33.

## 3. Vollendung der Erklärung.

In einem gewissen Sinne müssen die beiden Erklärungen, aus denen der Vertrag sich aufbaut, ihre Richtung gegen den Vertragsgegner nehmen; sie dürfen nicht auf's Gerathewohl („in's Blaue hinein") abgegeben sein. Der Offerent muß demnach eine ganz bestimmte, wenn auch ihrem Aussehen und selbst ihrem Namen nach gerade nicht bekannte, Person im Sinne haben, die er durch seine Offerte zur Eingehung eines Rechtsverhältnisses mit ihm bestimmen will. Er kann also nicht Jedem aus dem Publikum eine Offerte im juristischen Sinne machen, er kann das Publikum höchstens zur Offertstellung auffordern (Kap. I. Nr. 3). Der Acceptant hinwiderum muß durch seine Erklärung einen Vertrag gerade mit derjenigen, wenn auch ihm nicht bekannten, Person abschließen wollen, von welcher er zum Abschluß aufgefordert zu sein sich bewußt ist.

Unrichtig dagegen scheint mir jene Auffassung von der Richtung der Erklärung, wonach schlechthin jede Erklärung sich in einem Factum verwirklichen müsse, das geeigenschaftet und bestimmt sei, schließlich im Bewußtsein des Contrahenten Wurzel zu fassen und darin ihren Ruhepunkt zu finden.

Dieß ist allerdings bei der Offerte der Fall und sogar vernunftnothwendig, weil ohne Kenntniß von derselben eine Acceptation gar nicht denkbar ist (Windscheid, Pd. §. 306 A. 1.). Aber bei den Accepterklärungen, namentlich bei denjenigen, welche sich durch sofortige Vornahme einer Handlung, durch reine Unterlassungshandlungen oder durch Schweigen unter Abwesenden manifestiren, ist die verlangte Kenntnißnahme meistens gar nicht möglich und, wo sie möglich ist, für die Willenskundgabe irrelevant. Die Quel-

lenstellen, welche Regelsberger (S. 10—11) anführt, um zu zeigen, daß auch concludente Accepterklärungen zur Kenntniß des Offerenten gelangen, enthalten entweder nur den von mir an die Spitze gestellten Satz, wonach jeder Vertragschließende bei seiner Erklärungshandlung eine bestimmte Person im Sinne haben müsse, oder sie sprechen überhaupt kein allgemeines Princip aus, sondern zählen nur zufällig solche Fälle auf, in denen sich die stillschweigende Erklärung, weil unter Anwesenden abgegeben, in einem zur Kenntniß des Vertragsgegners gelangenden Factum verwirklicht (l. 51 pr. D. 19, 2. l. 4, 1 u. 8, 15 D. 20, 6. l. 57 pr. D. 2, 14. l. 53 D. 17, 1. l. 12 D. 21, 2.).

Dagegen muß Regelsberger selbst zugestehen, daß die Aftervermiethung über die vertragsmäßige Miethzeit hinaus eine stillschweigende Erneuerung des Verhältnisses mit dem Vermiether begründe, obgleich Dieser Nichts davon erfährt; und ebenso wie diese positive Handlung, so können auch wörtliche Aeußerungen an Dritte eine wahre Acceptation enthalten. Wenn dieß gewöhnlich nicht der Fall ist, so liegt der Grund darin, daß eben dergleichen Aeußerungen selten concludent genug für den Zustimmungswillen sein werden; wo sie dieß aber nach den Umständen des Falls sein können, da führen sie auch zum Vertrage. Wenn z. B. der Gläubiger einen Dritten zur Bürgschaftsleistung aufgefordert hat (Offerte), und Dieser seine Bereitwilligkeit in verbindlicher Absicht dem Schuldner erklärt, so ist der Bürgschaftsvertrag sofort perfect.

Auch vom praktischen Gesichtspunkte aus wird jene Aufstellung nicht unterstützt. Das Nichtvorhandensein eines Vertrages in den von Regelsberger (Erört. S. 12—13) angeführten Fällen, Kreuzen zweier Offertbriefe, Mißverständniß eines Franzosen und Deutschen bezüglich der Zahlenausdrücke, haben nicht in dem Mangel der Kenntnißnahme der Erklärung — diese ist hier sehr wohl gegeben —, sondern (siehe Kap. II. Nr. 1) in dem Mangel des animus acceptandi ihren Grund. Wenn aber weiter (S. 13) Jemand die mündliche Offerte eines Tauben acceptirt, und, von Diesem zum Niederschreiben aufgefordert, nun eine verneinende

schriftliche Antwort abgibt, so halte ich Das einfach für einen unredlichen Vertragsbruch.

Die praktischen Inconvenienzen jener Anschauung treten insbesondere dann hervor, wenn, wie schon berührt, die Acceptation durch Vornahme einer Handlung oder durch bloßes Schweigen erfolgt, also bei jenen Offerten, die einen sofort zu vollziehenden Auftrag enthalten oder an Personen gerichtet sind, die sich dem Publikum zur Besorgung gewisser Geschäfte Ein für alle Mal erboten haben. Soll z. B. Jemand, der durch ein Billetchen einen Schlosser zu einer Reparatur, einen Kutscher zu einer Fahrt auf eine bestimmte Zeit bestellt hat, einen Boten nachschicken oder selbst nachsehen, ob jene Personen auch damit einverstanden seien, oder sollen Schlosser und Kutscher brieflich Nachricht geben oder einen Lehrjungen oder Knecht schicken, nur um den Besteller zu vergewissern, es sei durch Schweigen acceptirt worden?

Regelsberger verlangt Dieß natürlich nicht, aber trotzdem bemüht er sich (S. 27), die Theorie vom Bewußtsein auch hier zu retten. Entweder soll das Stillschweigen des Oblaten die Stelle der ausdrücklichen Erklärung vertreten, dann werde durch die Unterlassung ausdrücklicher Ablehnung das Bewußtsein von der Annahme erweckt; oder das Angebot soll unter der stillschweigenden Voraussetzung bestimmter Annahme abgegeben worden sein, dann entstehe jenes Bewußtsein in dem Moment, wo das Angebot nach dem regelmäßigen Gang der Dinge an den Anerbotenen gelangt. Dort trete also das Bewußtsein in dem Augenblicke ein, wo übungsgemäß eine ablehnende Antwort hätte eintreffen müssen, hier im Augenblick der Annahme. Also schon zwei Möglichkeiten! Regelsberger entscheidet sich für die zweite auf Grund der l. 2, 6. D. 39, 5, die von der Nothwendigkeit des „Bewußtseins" doch gar Nichts sagt. Aber auch abgesehen davon, was hat man unter übungsgemäßem Eintreffen, was unter regelmäßigem Gang zu verstehen? Wie dann, wenn die Offerte verloren geht oder sich verspätet, wenn der Anerbotene noch deliberirt, oder wenn er sofort ablehnt und nun die Ankunft des ablehnenden Briefes sich verzögert? Alsdann hat der Offerent das Bewußtsein einer Annahme,

die nicht oder noch nicht existirt, sein Bewußtsein steht mit den Thatsachen im grellsten Widerspruch, und der ganze praktische Zweck der Kenntnißnahme, sicheres Wissen des Offerenten vom Zustandekommen des Vertrags, um darauf sofort weiter bauen zu können, wird in solchen Fällen total vereitelt.

Endlich sind die von R. (S. 14) angeführten Quellenbelege, l. 1. pr. D. 45, 1. l. 1. §. 15 u. l. 48. D. 44, 7, wohl nicht beweiskräftig. Nach diesen hat allerdings das R. R. die Tauben für unfähig zur Stipulation erklärt, aber m. E. aus dem praktischen Grunde, weil, wenn die Stipulation in ihrer ganzen Formenstrenge vor sich geht, der Taube von dem zu Stande gekommenen Vertrage nie Etwas erfährt und dieser für ihn sonach keinen Nutzen haben kann; aber Dieß nöthigt noch lange nicht zur Aufstellung des allgemeinen Satzes, jede Erklärung habe nur Geltung, sofern sie zur Kenntniß des Vertragsgegners gelangt sei (siehe noch unten).

## §. 34.

## Die Vollendungstheorieen.

Läßt sich sonach der oben erwähnte Satz nicht halten, dann kann auch die daraus gezogene Folgerung nicht richtig sein, daß der Vertrag erst von dem Zeitpunkte an perfect sei, wo der Offerent die Annahme seiner Offerte erfahren habe. Er muß es vielmehr schon dann sein, wenn das den Zustimmungswillen verkörpernde Factum vorliegt, oder, sofern dasselbe eine längere Zeitdauer zur Uebermittlung an den Offerenten bedarf, sobald der erste entscheidende Schritt zu dieser Uebermittlung gethan ist. Wo die Kenntnißnahme von der Acceptation überhaupt einen Einfluß äußert, da muß sich dieser in anderer Weise juristisch construiren lassen.

Diese Ansicht von der Vertragsvollendung ist bekanntlich weit entfernt, allgemein anerkannt zu sein. Die entgegengesetzte hat in der Doctrin, Praxis und modernen Gesetzgebung bedeutende Unterstützung gefunden und steht ihr zur Zeit mindestens gleichberechtigt gegenüber. Diese beiden Theorien, die Aeußerungs- und die

Vernehmungstheorie (ich folge hier Regelsberger, Erört. S. 24), sind, von einigen feineren Nüancirungen bezüglich des Widerrufs abgesehen, die beiden Hauptsysteme in der vielbestrittenen Frage der Vertragsperfection.

Für die Vernehmungstheorie sind unter den Rechtslehrern: Voet (Comm. Lib. V. Tit. 1. §. 75). Westphal (Rechtsgutachten, no. 254. th. 12.), Mühlenbruch (Doctr. Pand. Vol. II. §. 331), Hasse (rhein. Mus. II, 371), Arndts (Pd. §. 231. A. 2), Bekker (in s. u. Muther's Jahrb. Bd. II), Brinkmann (Hand.-R. §. 24. Not. 32.), Mittermaier, (civ. Arch. 46, S. 13.), Regelsberger (Erörterungen, S. 24.); unter den obersten Gerichtshöfen der zu Stuttgart (S.'s Arch. I, 194. VIII, 24), Kassel (III, 19), Lübeck (III, 310. V, 116); unter den Gesetzgebungen die von Oesterreich, Sachsen, Zürich.

Für die Aeußerungstheorie: Wening-Ingenheim (civ. Arch. II, 25), Thöl (Hand.-R. S. 174 ff.), Sintenis (Civ.-R. II, 96. Not. 14.), Mühlenbruch (in d. deutschen Ausg.), Savigny (System III, 308.), Puchta (Pd. §. 251. d), Seuffert (Pd. §. 256. A. 2.), Holzschuher (III, 236 der Cas.), Kuntze (z. Holzsch. III, 309—313); ferner die obersten Gerichtshöfe zu Rostock (Archiv VII, 16), Mannheim (XVI, 203); endlich das preußische Landrecht und das deutsche Handelsgesetzbuch.

Scheurl ist in dieser Beziehung nicht ganz klar. In seinen Beiträgen zum R.R. (II, 301) huldigt er der Vernehmungstheorie, obwohl die Eingangsworte der betreffenden Erörterung das Gegentheil vermuthen lassen; in den Jahrbüchern für Dogmatik (II, 5, 258) erklärt er sich wieder entschieden für die Aeußerungstheorie.

Windscheid (Pd. §. 306. A. 1) ist ein entschiedener Anhänger der Aeußerungstheorie; nach ihm bedarf die Accepterklärung niemals der Kenntnißnahme durch den Offerenten. Nur soll der Erklärung Desjenigen, welcher Gläubiger werden will, im Zweifel die Bedeutung einer Anfrage beizulegen sein so daß in diesem Fall der Vertrag nicht schon durch die Zustimmung des andern Theils, in welcher nur eine nicht acceptirte Schuldnererklärung liege, sondern erst durch eine neue Annahme dieser

Erklärung von der Gläubigerseite zu Stande komme, die allerdings durch bloßes Stillschweigen erfolgen könne. Hiedurch werden bei zweiseitigen Verträgen und solchen mit actiones contrariae die Perfectionswirkungen gespalten: Verpflichtet wird der Antragsteller sofort mit der Zusage, berechtigt erst dann, wenn er diese erfahren (und stillgeschwiegen) hat. Diese Construction ist eine sehr künstliche, die ihr zu Grunde liegende Präsumtion stützt sich weder auf die Quellen, noch auf ein Gewohnheitsrecht, und ist, wie früher (Kap. I. Nr. 3.) erwähnt, auch nicht durch die Natur der Sache geboten.

Wie dem aber auch sei, in jedem Falle gilt nach Windscheid die Aeußerungstheorie, die Vernehmungstheorie auch dann nicht, wenn die Erklärung des Anstoßgebers bloß Anfrage ist, wie Dahn (Goldschmidt's Zeitsch. f. H. R. IX, 509 ff.) meint. Windscheid sagt in diesem Fall nur, die Zustimmung des Andern sei eine nicht acceptirte Schuldnererklärung, also Offerte, und diese bedürfe erst der Annahme, die allerdings im bloßen Stillschweigen liege.

Uebrigens hat gerade diese Ausführung Windscheid's den so eifrigen Verfechter der Vernehmungstheorie, Dahn (in Bluntschli's D. Pr. R. 3. Aufl. S. 457), in der genannten Zeitschrift (S. 503 ff.) zu einer Schwenkung nach der andern Seite veranlaßt. Indem er von der Möglichkeit eines bedingten (oder eventuellen) Vertragsabschlußwillens spricht, stellt er (S. 506) den Satz auf: „Sowie die (erkennbar) erfolgte Zustimmung des Oblaten zugleich die gestellte Bedingung des eventuell ausgesprochenen animus erfülle und zugleich den wesentlichen Vertragswillen des Oblaten ausdrücke, sei der Vertrag perfect, ohne daß der Offerent die Annahme erfahren müsse.“ Als Beispiel eines solchen bedingten Vertragsabschlußwillens gebraucht er folgende Offerte: „Ich kaufe 100 Stück von Ihrem gestern eingesehenen 40 fl.-Tuch, wenn sie dasselbe zu 38 geben. In diesem Fall ersuche ich Sie, die Waare sofort zu verpacken und an Herrn X in Berlin zu schicken; Preis und Auslagen in Rechnung.“

Nun ist das offenbar eine ganz unbedingte Vertragsofferte, die nichts Anderes sagt als: Ich will 100 Stück von Ihrem Tuch

à 38 fl. kaufen; und Bedingungen wie hier, z. B. wenn Sie noch auf Lager haben, wenn Sie geneigt sind, lassen sich wohl in jede Offerte hineinconstruiren, eben weil es nur conditiones tacitae, keine eigentlichen Bedingungen, sind. Soll also in diesem Fall wirklich die Aeußerungstheorie gelten, dann dürfen wir Dahn, wiewohl er auch jetzt noch (S. 504) die Vernehmungstheorie regelmäßig für die einzig richtige erklärt, zu den Anhängern der ersteren zählen.

## §. 35.

## Bekämpfung der Vernehmungstheorie.

Die Gründe, welche für die Vernehmungstheorie vorgebracht werden, sind wohl kaum stichhaltig.

Die Einen betonen vorzugsweise den Begriff der Erklärung; die Acceptation (und damit der Vertrag) sei wie jede andere Erklärung erst mit ihrer Kenntnißnahme vollendet. Allein es wurde schon oben gezeigt, daß, wenn die Erklärung in einem factum concludens besteht, die Kenntnißnahme meistens gar nicht möglich ist und folglich auch nicht nothwendig sein kann.

Ist sie aber für das factum concludens nicht nothwendig, dann ist sie es überhaupt nicht; denn jede ausdrückliche Erklärung ist zugleich eine stillschweigende, und es ist z. B. die Absendung eines Annahmebriefs eines der concludentesten Facta für die Zustimmung, das sich denken läßt. Die Kenntnißnahme des Accepts muß also für die Perfection des Vertrages gleichgiltig sein, der Vertrag muß allemal schon dann vollendet sein, sobald das den Vertragswillen verkörpernde factum concludens existirt, und es handelt sich nur mehr darum, diesen Zeitpunkt nunmehr genauer zu bestimmen.

Enthält die Offerte die Aufforderung zu einem bestimmten Handeln, so tritt die Perfection mit der Vornahme dieser Handlung ein. Soll also z. B. der Oblat für den Offerenten von einem Dritten kaufen, so ist der Mandatsvertrag in demselben Augenblick vollendet, in welchem der Kaufvertrag mit dem Dritten

perfect ist, ein nebenhergehender Acceptbrief ist hier irrelevant (Dahn, l. c. S. 506, Puchta, Pd. §. 251 Not. c.)

Erfolgt die Acceptation durch ausdrückliche Erklärung unter Abwesenden, brieflich oder durch Boten, so ist der Vertrag mit dem ersten entscheidenden Schritt zur Uebermittlung der Antwort perfect. Daß dieser nicht unter allen Umständen in einer bestimmten Handlung erblickt werden kann, ist selbstverständlich; es kommt hier auf die entsprechenden Bestimmungen der Offerte und gewiß auch auf Platzgebräuche an, und es scheint mir in dieser Beziehung die Abgabe des Briefs an den Diener bei Kaufleuten (D. H. G. B. Protok.) gerade kein so unglücklich gewählter Perfectionsmoment, wie Manche behaupten. Keinesfalls läßt er sich auf gleiche Stufe mit dem Falle stellen, wo der Geschäftsherr den Brief selber in die Tasche steckt, um ihn auf die Post zu bringen.

Immerhin aber bleibt so viel klar, daß in dem bloßen Niederschreiben des Acceptbriefes noch keine Annahme liegt, sondern erst in der Entäußerung (Windscheid, Pd. §. 308 A. 5.); denn es muß doch dem Oblaten die Möglichkeit unbenommen sein, den Zusagebrief provisorisch noch im Laufe der Bedenkzeit zu vollenden, um ihn sodann noch kurz vor Ablauf der Frist je nach Belieben zurückzubehalten oder abzuschicken, eine Möglichkeit, die ihm durch die gegentheilige Entscheidung abgeschnitten würde.

Die Acceptation kann endlich durch mündliche Rede unter Anwesenden erfolgen. Man wollte darin ein Analogon der Erklärung unter Abwesenden finden und den Widerruf eines in der Uebermittlung begriffenen Annahmebriefes dem Innehalten in einer zustimmenden mündlichen Antwort gleich stellen, hieraus aber die Richtigkeit der Vernehmungstheorie folgern. Allein mit Unrecht. Dort ist der Wille bereits constatirt, hier noch nicht. Die mündliche Acceptation wird nämlich meistens in einem Moment („Ja") erfolgen. Sollte sie sich aber in einem längeren Satze kundgeben, so muß doch in irgend einem Augenblicke die Rede so weit gediehen sein, daß sie bereits den Vertragswillen vollständig ausgedrückt enthält; in diesem — nöthigen Falls durch

grammatische Interpretation festzusetzenden — Moment ist der Vertrag perfect und nachheriges Innehalten wirkungslos, vorher nicht.

Andere Rechtslehrer haben mehr im Allgemeinen die Natur des Vertrags betont, welcher nicht ein bloßes Zusammentreffen übereinstimmender Willensmeinungen, sondern ein gegenseitiges gleichzeitiges Bewußtsein von demselben erfordere (Hasse).

Allein dieser Satz ergibt sich keineswegs aus der dafür angezogenen römischen Definition vom Vertrage (l. 1 §. 2 D. 2, 14). Richtig ist und schon mehrmals hervorgehoben (§§. 3 u. 4) wurde, daß der Consens nicht im objectiven, sondern im subjectiven Zusammentreffen der beiden Willensmeinungen liege, daß diesen sozusagen der charakteristische animus offerendi et acceptandi innewohnen müsse, aber daraus folgt noch keineswegs, daß für die Vertragsperfection das Bewußtsein von der erfolgten Annahme nothwendig sei.

## §. 36.

## Die Kenntnißnahme vom Accept als Suspensivbedingung.

Es muß übrigens zugegeben werden, daß der Offerent in vielen Fällen ein sehr wesentliches Interesse hat, die Annahme seiner Offerte zu erfahren, weil er einerseits das durch den Vertrag zu schaffende Rechtsverhältniß als Grundlage für weitere Geschäftsoperationen benützen und andrerseits vor der Kenntnißnahme des Accepts nicht gebunden sein will. Gut; dann soll er eben diese seine Absicht der Offerte einverleiben, deren rechtliche Gestaltung ja völlig in seiner Macht liegt. Hiedurch kann er allerdings nicht die Perfection des Vertrages auf einen späteren Zeitpunkt hinausverlegen, da ein Naturrechtssatz nicht durch Privatdisposition aufgehoben zu werden vermag, aber er macht nun seine Kenntnißnahme von der erfolgten Acceptation zur Suspensivbedingung für die Vollziehbarkeit des schon früher perfecten Vertrags. Dieß scheint mir denn auch die wahre juristische Gestalt der Sache in allen den Fällen,

in welchen die Gegner zur Vernehmungstheorie greifen zu müssen glauben.

Die eben erwähnte Bedingung kann nun aber ausdrücklich oder stillschweigend gestellt werden.

Um ausdrücklich zu bestimmen, daß die Vollziehbarkeit des Vertrages bis zur Kenntnißnahme der annehmenden Antwort aufgeschoben sein solle, wird sich der Verkehr der mannigfaltigsten Redeweisen bedienen, z. B. der Vertrag soll nicht eher gelten, ich will nicht eher gebunden sein, bis u. s. w. Darin könnte man vielleicht versucht sein, einen Aufschub der Perfection selbst zu erblicken; allein, wenn wir an dem Satze festhalten, daß die Vollendungstheorie durch Privatdisposition nicht verrückt werden darf, so werden wir derartigen Bestimmungen, welches auch ihr Wortlaut sein möge, nur einen Einfluß auf die Vollziehbarkeit des Vertrages zugestehen können.

Stillschweigend wird die Bedingung gestellt, wenn aus dem Inhalte der Offerte oder beiläufigen Aeußerungen erhellt, daß der Offerent auf Kenntnißnahme der Antwort rechne, z. B. machen Sie sich bald schlüssig, damit ich mich danach richten kann. Ja, m. E. ist diese B. stillschweigend immer schon da gestellt, wo der Offerent überhaupt eine ausdrückliche Antwort verlangt oder nach dem Inhalte der Offerte oder den sie begleitenden Umständen eine solche erwartet. Dieß war bei der römischen Stipulation, in ihrer früheren Formenstrenge stets der Fall, und daraus erklärt sich ungezwungen die Unfähigkeit der Tauben zum Stipuliren: die Bedingung, die der Taube hier vernünftiger Weise stellen mußte, konnte von vorne herein nicht erfüllt werden.

Andrerseits kann aber eben so gut in der Art der Offerterklärung ein ausdrücklicher oder stillschweigender Verzicht auf die Suspensivwirkung der Kenntnißnahme liegen, z. B. Ihrer Einwilligung bin ich im Voraus gewiß; kaufen Sie für mich sofort 10 Stück Ostbahnactien; und dann ist auch der ohnehin perfecte Vertrag völlig unbedingt.

Ist nun die fragliche Bedingung wirklich gestellt worden, oder als gestellt anzunehmen, so muß sie innerhalb einer gewissen

Frist zur Erfüllung kommen. Hat die Offerte eine solche bestimmt — und gerade die Befristung der Offerte ist das vorzüglichste Kennzeichen der stillschweigenden Setzung jener Bedingung —, so gilt natürlich diese; wenn nicht, so muß der Richter, zu dessen Beurtheilung der Vertrag kommt, nach billigem Ermessen eine entsprechende Frist ex post festsetzen, da nicht anzunehmen ist, daß Jemand die Entscheidung über die Vollziehbarkeit eines Vertrags ins Unendliche hinausschieben und sich so eine bleibende Fessel anlegen wolle. Hat dann der Offerent innerhalb der ausdrücklich oder durch richterliches Ermessen festgesetzten Frist von der Annahme keine Kenntniß erhalten, so ist die Vollziehbarkeit des perfect gewordenen Vertrags durch den Ausfall einer Suspensivbedingung für alle Zeiten unmöglich gemacht.

Eine dunkle Vorstellung von der hier zu Grunde gelegten Ansicht scheint Diejenigen geleitet zu haben, welche zwar den Vertrag erst mit der Vernehmung der Antwort für perfect erklärten, dessen Wirkungen aber auf den Moment der Aeußerung zurückbeziehen wollten (preuß. Ldr.), nur daß hier die richtige Ansicht verkehrt zum Ausdruck kam. In ihrer wahren Gestalt fand sie unter den Mitgliedern der Nürnberger Conferenzen für das deutsche H.-G.-B. ihre Vertreter, ohne daß man ihr dort, noch seither in der Litteratur, die verdiente Beachtung geschenkt hätte.

Was am meisten für sie spricht, ist, daß durch sie ein Bedenken gehoben werden kann, welches schwer gegen die Vernehmungstheorie ins Gewicht fällt. Der Offerent kann nämlich die Kenntnißnahme der rechtzeitig eingetroffenen Annahme, das Lesen des Briefs, das Anhören des Boten, culposer oder doloser Weise über die gesetzte Frist hinaus verzögern und dadurch die Perfection des Vertrags selbst dann noch vereiteln, wenn ihm der Widerruf vielleicht schon unmöglich geworden ist; wie dann?

Anscheinend bieten sich uns hier eine Menge Hilfsmittel dar, Becker's actio doli (in s. und Muther's Jahrb. II, 402, 413), Ihering's Contractsklage wegen culpa in contrahendo (Jahrb.

IV, 1 ff.), Windscheid's Klage aus dem stillschweigenden Garantievertrag (Pd. §. 207 Not. 2.) Aber alle diese Klagen, von ihren processualen und sonstigen Mängeln abgesehen, gewähren dem Acceptanten doch nur Ersatz für den erlittenen Schaden, das sog. negative Vertragsinteresse, während eben hier der Acceptant die Erfüllung des Vertrages wünscht und die Billigkeit sie fordert. Oder soll man den Schwerpunkt der Perfection in den Moment des Eintreffens der Annahme verlegen, nach der Analogie des deutschen H.-G.-B.? Das wäre vielleicht hie und da praktisch, immer aber principlos.

Hier bietet uns die Theorie von der Suspensivbedingung den erwünschten Ausweg. Wurde die Kenntnißnahme vom Accept durch die Schuld des Offerenten oder seiner Leute vereitelt oder verzögert, oder geschah Dieß absichtlich, indem er z. B. den Brief, oder das Telegramm, die ihm nunmehr unerwünschte Annahme ahnend, uneröffnet über die Angebotsfrist hinaus liegen ließ, dann tritt der Satz des gemeinen Rechts gegen ihn in Kraft, wonach Niemand den Nichteintritt einer Bedingung zu seinen Gunsten geltend machen kann, wenn er ihn selbst verschuldet hat, so daß also hier die Kenntnißnahme für rechtzeitig erfolgt und der schon perfecte Vertrag nun auch für vollziehbar gilt.

L. 161 D. 50, 17: Quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset.

---

# III. Kapitel.

## Realverträge und Vorverträge.

### §. 37.

Im R. R. gab es bekanntlich vier benannte und eine Reihe von unbenannten Verträgen, die zu ihrer Klagbarkeit die Hingabe einer Sache oder einer Leistung von Seite des Gläubigers bedurften,

Realcontracte, bei denen diese Hingabe oder Leistung, res, Ersatz der Form war (Windscheid, Pd. §. 312 a. A.). Bei der heutigen Klagbarkeit aller formlosen Verträge entsteht nun die Frage, ob jenes Moment bedeutungslos und die Unterscheidung der Realcontracte von den Consensualcontracten entbehrlich geworden sei, oder ob auch heute noch durch die Hingabe oder Leistung die Perfection des Vertrags bedingt werde.

Die herrschende Doctrin verneint letztere Frage bezüglich der unbenannten Realcontracte (z. B. Puchta, Pd. §. 251), etwa mit Ausnahme des Trödelvertrags (Seuffert, Pd. §. 308), bejaht sie dagegen bezüglich der benannten Realcontracte, so daß nach ihr das mutuum, depositum, commodatum, pignus entschieden erst mit Hingabe des Gegenstandes perfect wird.

Daneben nimmt sie aber einen verbindlichen Vorvertrag an (pactum antecedens, de contrahendo), auf Grund dessen die Hingabe der Sache von Seite des Gläubigers (p. de mutuo dando etc.) oder die Annahme Seitens des Schuldners (p. de deponendo) klagweise erzwungen und damit die Perfection des Hauptvertrags (mutuum, depositum etc.) indirect herbeigeführt werden könne.

Diese Doctrin hat nach beiden Seiten Angriffe erlitten. Einige (Brinz, Pd. I. S. 370 ff. S. 443 ff., Rudorff in Puchta's Pd. §. 251 Not. b.) wollen auch einen Theil der unbenannten Realcontracte den benannten gleichstellen, diejenigen nämlich, bei welchen die eine Leistung in der Voraussetzung gemacht wird, daß die andere erfolgen werde. Andere lassen nicht einmal alle benannten Realverträge als solche gelten. So findet Unger (Jherings Jahrb. VIII, 1 ff.) das Charakteristische eines Realvertrags darin, daß das Geben und Nehmen contrahendi animo lediglich den Vortheil des Empfängers bezwecke, und verweist deßhalb das depositum und das verzinsliche Darlehen unter die Consensualverträge, bezeichnet dagegen als Realverträge wieder diejenigen, wobei ad fruendum, inspiciendum, experiendum hingegeben werde. Dabei hält er die Klaglosigkeit der Vorverträge für eine selbstverständliche Folge (S. 10).

## §. 38.
## Bekämpfung der herrschenden Theorie.

Der eben berührte Widerstreit der Ansichten zeigt, daß man für die sogenannten Realverträge schwer eine gemeinsame Grundlage findet, aber aus Pietät für das corpus juris die alte Rubrik nicht aussterben lassen will. M. E. aber spricht heutzutage für die Sonderstellung jener Verträge bezüglich der Perfection kein hinlänglicher Grund mehr, wohl aber manche dagegen.

1) Schon nach R. R. war zunächst für die Innominatcontracte das dare oder facere des einen Contrahenten nur bedingend für die Klagbarkeit, nicht für die Vollendung der Uebereinkunft, da ja, sobald einmal die Contrahenten über ihre gegenseitigen Verpflichtungen in quali et quanto einig waren, jedem von ihnen, noch ehe einer mit der Leistung vorausgegangen war, eine naturalis obligatio erwuchs und auch diese schon einen perfecten Vertrag voraussetzte.

Wenn dieß bei den benannten Realcontracten anders war, so lag wohl der Grund darin, daß diese ihres häufigeren Vorkommens halber schon viel früher jene Gestaltung erhalten hatten, wie sie den Innominatcontracten viel später gegeben wurde. Dadurch verschwand allmälig im Rechtsleben das Bewußtsein, daß auch hier die Hingabe der Sache nur Erfüllung eines vorausgegangenen pactum nudum sei, man betrachtete sie allmälig als die eigentliche und allein zulässige Manifestation des Consenses und ließ von ihr nicht nur die Klagbarkeit, sondern auch die Perfection des Vertrages abhängen. Folgerichtig erschienen alle Vorverhandlungen, z. B. die über Hingabe eines Darlehens, als bloße Tractate; da man aber doch ein Bedürfniß empfand, solche im Wege der Klage zu erzwingen, so ließ man, wie aus l. 68 D. 45, 1 unzweifelhaft hervorgeht, Stipulationen auf Hingabe zu. So wurde der zweiseitige Vertrag, woraus der Eine zur Hingabe, der Andere zur Rückgabe einer Sache verbunden ist, künstlich in zwei einseitige gespalten: einen Verbalvertrag auf Hingabe und einen Realvertrag auf Rückgabe. Das Alles aber beruhte auf dem altrömischen Formalismus.

2) Man kann auch nicht einwenden, daß die Sonderstellung der benannten Realcontracte hinsichtlich der Perfection durch deren Wesen geboten sei, weil hier ohne Hingabe keine Rückgabe denkbar sei (Höpfner, Inst.-Comm. S. 684).

Dieß ist bezüglich des mutuum und depositum irregulare, wo nicht in specie restituirt wird, gewiß unrichtig, und auch bei den übrigen sog. Realverträgen ist die Rückgabe nur factisch, nicht juristisch undenkbar. Denn es könnte ja von dem Schuldner der Werth der zu restituirenden Sache in Geld geleistet werden, noch ehe er diese selber bekommen hätte.

Hierin läge nur eine große Unbilligkeit. Aber Unbilligkeiten dieser Art treten uns ja ebenso gut bei Consensualverträgen entgegen, wie es denn z. B. eine offenbare Ungerechtigkeit wäre, wenn bei einem Schenkungsversprechen sub modo der Schenker vom Donatar die Erfüllung des modus fordern wollte, ohne selbst zuvor geleistet zu haben, und wie es ferner bei zweiseitigen Consensualverträgen überhaupt nach den Gesetzen als Unbilligkeit gilt, daß irgend einer der Contrahenten vom andern die Gegenleistung einforderе, ohne selbst erfüllt zu haben. Es folgt also aus jener Unbilligkeit noch keineswegs die Nothwendigkeit, das mutuum, depositum etc. — wenigstens heutzutage — auf ganz besondere Weise zu construiren.

3) Nicht selten gibt es Fälle von Verträgen, die offenbar ohne Hingabe einer Sache durch bloßen Consens entstanden sind, und gleichwohl in die Schablone der Realcontracte passen sollen. So muß es z. B. ein Commodat sein, wenn A dem B, etwa wegen Geldverlegenheit des letzteren, ein Buch abkauft und es ihm sofort nach geschlossenem Kaufe für einige Zeit leiht. Will man aber vielleicht in diesem Falle die nothwendige Tradition durch ein constitutum possessorium ersetzt sehen, so bietet sich uns in der Creditirung des Kaufpreises das alltägliche Beispiel eines ohne Hingabe zu Stande gekommenen mutuum dar. Aehnliche Beispiele finden wir in l. 11 pr. und l. 15 D. 12, 1, ferner in der l. 34 pr. D. 17, 1 von Africanus, wo Silberbarren hingegeben werden und der daraus zu erzielende Erlös als Darlehen behalten

werden soll. Zwar deutet der dort gebrauchte Ausdruck receptum est die darin liegende Anomalie gegenüber dem damaligen strengen Rechte an, aber er zeigt auch, wie groß zu solchen ändernden Gewohnheitsrechten das Bedürfniß war.

Wenn gleichwohl Africanus, und noch dazu in derselben Stelle und in einem principiell gleich gelagerten Fall, wo ein Gutsverwalter für seinen Herrn Gelder eingetrieben hatte und sie auf seine Bitte hin als Darlehen behalten durfte, die Darlehensklage verweigert, weil man sonst sagen könne: Ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse, so verdient diese Entscheidung, die Blüthe eines engherzigen Formalismus, schon ihrer Antinomie wegen keine Beachtung. Wir sehen vielmehr in der Mehrzahl der Fälle die Möglichkeit einer Ausnahme anerkannt, die heute mit dem Wegfall formaler Hindernisse zur Regel geworden sein sollte.

4) Die Unthunlichkeit der Spaltung eines zweiseitigen in zwei einseitige Verträge zeigt sich insbesondere bei einer näheren Betrachtung des Vorvertrags, pactum de contrahendo. Es ist begreiflich und auch von der herrschenden Doctrin (z. B. Seuffert, Pd. §. 320) behauptet, daß ein solcher Vorvertrag (denominatio fit a potiori) einem Realcontract immer vorausgehen oder ihn wenigstens begleiten müsse; denn angenommen, es werde der Darlehens-, Hinterlegungs-, Leih- und Pfandvertrag erst durch Hingabe der Sache geschlossen, so müssen doch die Contrahenten entweder schon zuvor darüber einig sein, welcher von diesen vier Verträgen im einzelnen Falle gemeint sei, oder sie müssen sich gleichzeitig mit der Hingabe und Annahme des Gegenstandes hierüber verständigen, oder die beiderseitigen Willenserklärungen müssen, anknüpfend an vorausgegangene Umstände, stillschweigend in der Hingabe und Annahme liegen.

Die Zuhilfenahme eines Consensualcontracts ist sonach in allen Fällen unvermeidlich. Hält man nun diesen, das pactum antecedens, auf Grund der l. 30 D. 12, 1 schlechthin für nicht klagbar, dann ist die Möglichkeit ein versprochenes Darlehen ausbezahlt, eine zugesicherte Sache geliehen zu bekommen, trotz der

heiligsten Versicherungen des Promittenten immer nur auf dessen guten Willen gestellt, und das ist ein Mangel. Erklärt man es aber für klagbar, dann ist die Annahme eines zweiten Vertrags, des Realcontracts, ein Ueberfluß, da in dem voraus- oder nebenhergehenden Consensualpactum bereits alle Essentialien, aus denen das beabsichtigte concrete Geschäft sich aufbaut, Gegenstand der Verabredung gewesen, also die Partheien darüber einig sind, daß und welche Sache oder Summe hingegeben, und daß, wann und unter welchen Modalitäten dieselbe, nachdem sie einmal hingegeben, zurückgefordert werden solle.

Setzen wir beispielsweise den Fall, A klagt dem B seine Geldverlegenheit und äußert, es wäre ihm mit einem Darlehen von 10 Thlr. geholfen; B gibt ihm hierauf stillschweigend einen Zehnthalerschein, den A ebenso stillschweigend annimmt. In diesen einfachen Handlungen liegt nun nach der herrschenden Doctrin und zwar in der Hingabe: ein Angebot zu einem pactum de mutuo dando, eine anticipirte Erfüllung desselben und ein Angebot zu einem mutuum; in der Annahme: die Acceptation des p. d. m. d. und die Acceptation des mutuum. Würde es in Theorie und Praxis die geringsten Schwierigkeiten machen, diese beiden Verträge in einen modernen „Darlehensvertrag" zu verschmelzen?

5) Die Annahme eines pactum de contrahendo als solchen widerstreitet auch der Natur des Vertrags. Denn Hingabe und Annahme haben doch auch bei den sogenannten Realcontracten die Bedeutung von Offerte und Accept. Wird also auf Hingabe eines versprochenen Darlehens oder auf Annahme eines Depositums geklagt, so wird dort eine Offerte, hier ein Accept erzwungen, obwohl Niemand ein Recht auf Stellung einer Offerte (Regelsberger, Erört. S. 80) oder auf Acceptation hat.

## §. 39.

## Verwerflichkeit der sogenannten pacta de contrahendo.

Der eben gemachte Einwand führt mich zu einer allgemeineren Bemerkung.

Auch bei den Consensualverträgen der herrschenden Doctrin scheint mir die Annahme eines pactum antecedens oder de contrahendo ebenso unnöthig als unrichtig (Cocceji, Lib. II. tit. 14. de pactis. qu. 11. Leyser, Sp. 39. med. 6 et 7. Glück, P.=C. IV, 105). Das, was man heutzutage pacta de contrahendo nennt, die einseitige emtio, conductio, die einseitige venditio, locatio, das pactum de retroëmendo, retrovendendo etc. lassen sich recht wohl als bedingte Verträge auffassen. Der Vertrag ist einmal — im Gegensatz zum Gesetz — eine aus freiem Willensentschlusse zweier Personen hervorgehende Einigung über ein Rechtsverhältniß, Angebot und Annahme sind unbehinderte Willensacte. Ist dieß aber so, dann kann der Abschluß eines Vertrags nicht der erzwingbare Gegenstand eines andern sein, mit andern Worten: Es kann bei der heutigen Formenfreiheit kein pactum de contrahendo mehr geben.

Die für das heutige Recht passende, systematische Gestalt der Sache scheint mir nun folgende:

a) Ein Consensualvertrag ist perfect, aber seine Vollziehbarkeit überhaupt kann noch von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, die entweder casuell oder für einen der beiden Contrahenten potestativ oder gemischter Natur ist. Ein Hauptfall der zweiten Art ist nun aber derjenige, wo „die künftige Geneigtheit Eines Contrahenten" zur Bedingung des Vertrags gemacht wird, wodurch ein contractus sub conditione si placuerit creditori aut debitori entsteht. Im pactum displicentiae liegt nur eine vereinzelte Anwendung dieses allgemeinen Princips, das auch in folgenden Fällen wiederkehrt: Verpflichtung einer Person, eine Sache zu verkaufen oder zurückzuverkaufen, zu kaufen oder zurückzukaufen, wenn es einer andern Person innerhalb einer gewissen Frist gefällig sein wird; Angebot mit Widerrufsverzicht; Gebot eines Steigerers; Verpflichtung eines Kutschers seinen Wagen um die übliche Taxe auf Verlangen zu stellen; Aushändigung einer Eintrittskarte zum Besuch einer Sammlung, wofür der Preis nur im Falle wirklicher Benützung zu zahlen ist; Verpflichtung eines Kaufmanns, Waaren bis zu einem

gewissen Betrag in Credit zu geben. In allen diesen und ähnlichen Fällen sind die Essentialien bereits Gegenstand bestimmter Vereinbarung gewesen, es fehlt Nichts zu einem fertigen Vertrage, nur seine Vollziehbarkeit ist für beide Theile so lange suspendirt, bis der Eine Theil seine Geneigtheit zum Vollzuge zu erkennen gibt.

Unerheblich dürfte sein, daß eine Potestativbedingung in Frage steht. Würde A sich verpflichten, dem B ein Grundstück abzukaufen, unter der Bedingung, daß er binnen gewisser Frist eine in Aussicht stehende Erbschaft, einen Lotteriegewinn mache, so würde Niemand an ein pactum de contrahendo denken; warum soll es bei der Potestativbedingung anders sein? Man kann dagegen nicht einwenden, daß, wer unter einer Potestativbedingung verpflichtet sei, gar nicht verpflichtet sei, daß also in unsern Fällen nur eine einseitige emtio, locatio u. dgl. vorhanden sei. Dieß ist nur factisch, nicht juristisch richtig. Auch die venditio, conductio u. s. w. ist schon vereinbart und braucht nicht erst hinzuzukommen (l. 6 §. 1 i. f. D. 18, 1). Kommt es in solchen Fällen zur Klage, so wird der Kläger gewiß nicht den nunmehrigen Abschluß des Hauptvertrages verlangen, sondern er wird sich einfach auf seine nunmehrige Geneigtheit zum Vollzuge des sog. Vorvertrages berufen und deßhalb auf Erfüllung bringen. Schließlich wird sich auch die Auffassung der Willenserklärung des emtor, locator &c. als eines befristeten Vertragsangebotes, und zwar deßhalb nicht halten lassen, weil ihm ja dann, wie dieß nicht sein soll, der Widerruf noch freistünde.

b) Ein (zweiseitiger) Consensualvertrag ist perfect, aber die Verpflichtung des Einen Contrahenten kann noch von einer Suspensivbedingung casueller, potestativer oder gemischter Natur abhängen; z. B. A verspricht dem B unbedingt eine Summe Geldes mit der Auflage, ihm, falls B zur Leipziger Messe reise, die neueste Litteraturerscheinung aus dem Bereiche der Medizin mitzubringen. Hier kann B die Summe Geldes jederzeit einklagen, seine Verbindlichkeit zur Erfüllung der Auflage dagegen hängt von dem ihm freistehenden Besuch der Messe ab.

Ein Fall dieser Art ist nun vor Allem dann gegeben, wenn die Leistung des einen Contrahenten Bedingung für die Verpflichtung des andern zur Gegenleistung ist. Bei bilateralen Verträgen ist Dieß zunächst bezüglich jeder Leistung der Fall (l. 11 §. 2 u. l. 13 §. 8 D. 19, 2), und es handelt jeder Contrahent unbillig, wenn er die Gegenleistung fordert, ohne selbst erfüllt zu haben, nur daß hier das Anerbieten zur Erfüllung oder hie und da die schuldlose Unmöglichkeit derselben (periculum est creditoris) deren Stelle vertritt. Aber es kann auch besonders ausgemacht sein, wer zuerst erfüllen soll, z. B. beim Creditkauf der Verkäufer, und bei der Miethe muß ja schon gesetzmäßig der locator im Zweifel zuerst erfüllen.

Hieher gehören nun auch die sog. Realcontracte, der Darlehens-, Hinterlegungs-, Leih- und Pfandvertrag des heutigen Rechts, aber auch der Trödelvertrag, die donatio sub modo und so manche unbenannte Verträge (l. 16 D. 19, 5). Die Verpflichtung des Darlehensnehmers, Depositars u. s. w. zur generellen oder speciellen Rückgabe des Gegenstandes oder zur Erstattung der Aestimation, zur Erfüllung des Modus, zur Gegenleistung, ist hier überall durch die vorhergehende Hingabe oder Leistung des Darleihers, Deponenten u. s. w. bedingt, und diese Bedingung ist nicht conditio juris, sondern sie wohnt den vorgenannten Verträgen so naturgemäß inne, daß, so oft diese überhaupt abgeschlossen werden, jene als stillschweigend mit vereinbart erscheint.

Hieran darf uns Das nicht irre machen, daß die Erfüllung dieser Bedingung von einem der Contrahenten, auch von dem bedingt Verpflichteten selber, ja sogar von Beiden gegenseitig, gerade aus dem Vertrage klagweise erzwungen werden kann, je nach dem Vermögensinteresse, daß der Eine oder der Andere oder Beide an der Hingabe und bzw. Annahme des Gegenstandes haben. So wird die Hingabe erzwungen beim unverzinslichen Darlehen, beim Leih- und Pfandvertrag und bei der donatio sub modo, die Annahme beim regulären Depositum und unentgeltlichen Trödelvertrag, Beides gegenseitig beim irregulären Depositum und

entgeltlichen Trödelvertrag. Aber bei all' dem bleibt die datio die halb casuelle, halb potestative Bedingung für die Pflicht des Empfängers zur restitutio.

## §. 40.

## Resultat.

Somit gewinnen wir folgendes praktische Resultat:

Wer heutzutage aus irgend einem Vertrage auf Erfüllung klagt, der kann sich zunächst auf die bloße Uebereinkunft stützen, z. B. wenn er Auszahlung eines versprochenen Darlehens, Annahme eines Depositums verlangt. Begehrt aber der Kläger eine Leistung, welche naturgemäß oder kraft gesetzlicher Ordnung von einer vorhergehenden eigenen Leistung bedingt ist, z. B. Rückgabe eines Darlehens, Depositums, Erfüllung eines Schenkungsmodus, Zahlung des Miethgeldes, Berichtigung des Kaufpreises, aber auch Tradition des Kaufobjects, dann kann sich der Beklagte auf eben diese Bedingtheit berufen und die Unbilligkeit, die in der bedingungslosen Einforderung der Gegenleistung liegt, im Wege einer Einrede geltend machen, exceptio doli. Dieser begegnet hinwiderum der Kläger mit der replica solutionis, indem er behauptet, er habe das Seinige bereits gethan, also das Darlehen, die Sache oder Summe hingegeben, das Mieth- oder Kaufobject überantwortet, den Preis bezahlt u. dgl.; gewöhnlich wird aber der Kläger jene Einrede voraussehen, sie dem Beklagten gewissermaßen in den Mund legen, und ihr von vorne herein mit dieser Replik begegnen.

Ist aber in einem Falle die gesetzliche Ordnung — bei der naturgemäßen ist Dieß nicht möglich — ausgeschlossen und eine besondere durch Privatwillkür vereinbart worden, soll also z. B. der Miether vor dem Vermiether, der Verkäufer vor dem Käufer oder umgekehrt, leisten, dann wäre es eine Vertragswidrigkeit, auf der gesetzlichen Ordnung beharren zu wollen. Der durch die abweichende Privatordnung Begünstigte hat, wenn er zuerst beklagt wird, eine exceptio pacti, wenn er da-

gegen selbst zuerst klagt, eine replica pacti gegen die etwaige exceptio doli seines Vertragsgegners, und wird auch diese Replik in der Praxis gewöhnlich anticipando in Form einer scheinbaren Klagbehauptung geltend machen.

Ist endlich der Vertrag auf die künftige Geneigtheit Eines der Contrahenten gestellt, so hat dieser gegen eine vor Kundgabe seiner Geneigtheit erhobene Erfüllungsklage gleichfalls die exceptio pacti, der andere Contrahent dagegen kann diese Einrede gegen die Klage seines Gegners deßhalb nicht haben, weil eben deren (rechtzeitige) Anstellung die Bedingung des placere zur Erfüllung bringt.

So eingefügt in den Rahmen der bedingten Consensualverträge, dürfte die Sonderstellung der sog. Realcontracte in der Perfectionsfrage und die Annahme von Vorverträgen entbehrlich werden.

---

# IV. Kapitel.

## Hinfälligkeit der Erklärung.

### §. 41.

Bei keinem Vertrage, und am wenigsten bei dem unter Abwesenden, fallen Angebot und Annahme in einen Zeitmoment zusammen, überall trennt diese beiden ein größerer oder geringerer Zeitraum. Während desselben aber können Ereignisse der mannigfaltigsten Art eintreten, welche der abgegebenen Willenserklärung ihre Kraft benehmen und damit die Perfection des im Entstehen begriffenen Vertrags vereiteln. Sie sind entweder vom Willen des Erklärenden oder seines Vertragsgegners abhängig oder davon unabhängig, und letzteren Falls theils persönlicher theils sachlicher Natur.

## A. Willkürliche Hindernisse der Vertragsvollendung.

### 1. Ablauf der Frist.

Wenn dem Offerenten die Gestaltung seiner Offerte innerhalb des dispositiven Rechts freisteht, und der Oblat nur die Wahl hat, sich dessen Willen entweder in allen Punkten oder gar nicht anzuschließen, so muß es ihm auch unbenommen sein, die vertragsbegründende Kraft seiner Offerte in zeitlich bestimmte Grenzen einzuschränken, eine Frist für sie zu setzen. Die Wirkung ist, daß mit dem letzten Moment der Frist Mangels der Annahme die Offerte entkräftet wird und für den Oblaten so gut wie nicht vorhanden ist, so daß, wenn dieser seine Zustimmung nach jenem Moment erklärt, dieselbe jedenfalls nicht Accept, wenn auch möglicherweise Angebot zu einem neuen Vertrage sein kann.

Was den Beginn der Frist anlangt, so muß er natürlich zunächst aus dem Wortlaute der Offerte entnommen werden, z. B. antworten Sie in 8 Tagen von heute, oder von Empfang dieses Briefes an; enthalten aber die Worte keine nähere Bestimmung, oder lassen sie einen Zweifel übrig, so muß angenommen werden, die Frist solle vom Momente der Absendung der Offerte beginnen. Dieß rechtfertigt sich nicht nur durch die allgemeinen Auslegungsregeln (l. 56 D. de R. J.), sondern auch durch die Erwägung, daß die Festsetzung einer Frist den Zweck hat, sich eine möglichst baldige Gewißheit über das Schicksal seiner Offerte zu verschaffen, und daß diesem Zwecke entgegengearbeitet würde, wenn die Frist erst mit der Kenntnißnahme der Offerte Seitens des Oblaten begänne, da ja der Offerent nie mit Sicherheit wissen kann, wann, ja nicht einmal, ob dieselbe überhaupt erfolgen werde.

Die weitere Frage, was denn eigentlich innerhalb der Frist zu geschehen habe, ob die Annahmeantwort nur abgesendet oder auch zur Kenntniß des Offerenten gelangt sein müsse, beurtheilt sich verschieden je nach der Theorie von der Vertragsvollendung. Da der Vertrag innerhalb der Frist eben abgeschlossen sein muß, so muß nach der Vernehmungstheorie die Kenntnißnahme von der Acceptation, nach der Aeußerungstheorie der erste entscheidende

Schritt hiezu, vor den letzten Moment der Frist fallen. Und hiebei ist zu bemerken, daß nach der Aeußerungstheorie in jenen Fällen, wo früherer Ausführung zufolge die Kenntnißnahme von der Acceptation ausdrücklich oder stillschweigend gesetzte Suspensivbedingung für den Vertrag ist, auch diese sich vor dem letzten Moment der Frist erfüllen muß, wenn anders der perfecte Vertrag nicht unrealisirbar bleiben soll.

## §. 42.

### Billige Frist.

Eine dritte Frage ist, wie es zu halten sei, wenn der Offerent gar keine Frist gesetzt hat?

Daß er nicht für immer gebunden bleibe, darüber ist man allgemein einverstanden (Regelsberger, S. 66. Windscheid, Pd. §. 307 a. E.), aber die Bestimmung der Dauer dieser als stillschweigend gesetzt anzunehmenden Frist bietet einige Schwierigkeit.

Soll der Oblat gehalten sein, sofort zu antworten, also unter Anwesenden ohne jegliche Zeitdifferenz, unter Abwesenden mit umgehender Post, oder doch innerhalb der nächsten zwei Posttage (Koch, R. d. Ford. Bd. II. S. 70)? Diese Zeitbestimmung würde sich als eine allgemeine in keinem Falle, auch für die Vertragschließung unter Anwesenden nicht, rechtfertigen, da die Wichtigkeit des Geschäfts (Gutsverkäufe) gar oft eine reifliche Ueberlegung und damit einen bedeutenden Zeitaufwand erfordert, und es dürfte gemeinrechtlich nur so viel zuzugeben sein, daß die Offerte erloschen ist, wenn die Paciscenten unverrichteter Dinge auseinander gegangen sind. Dagegen läßt sie sich eben so wenig für alle Fälle verwerfen, sie kann vielmehr gerade durch die Art des Geschäfts (Handel mit Staatspapieren) oder durch Platzgebräuche im einzelnen Falle geboten sein.

Oder soll man die Offerte als erloschen betrachten, sobald sich die Lage eines der Contrahenten oder die des Geschäftslebens überhaupt in wichtigen Dingen ändert; z. B. ein Schauspieldirektor

hat einem Sänger eine Offerte zu einem längeren Engagement gemacht und das Theater wird vor dessen Acceptation vom Brand verzehrt? Gewiß nicht; die durchgängige Annahme einer stillschweigenden **clausula rebus sic stantibus** würde meistens eine Härte gegen den andern Contrahenten sein, der dem Vertrage zu lieb anderweitig angebotene Vortheile ausgeschlagen hat. Sie wird auch durch das geschriebene Recht nicht unterstützt, wie denn analog das R. R. in dem eben erwähnten Falle kein Hinderniß für die Erfüllung des fertigen Vertrages erblickt (l. 19 §. 9 D. 19, 2).

So bleibt wohl Nichts übrig, als die Bestimmung über die Dauer der Giltigkeit einer nicht ausdrücklich befristeten Offerte dem Ermessen des Richters zu überlassen (Kap. II. a. E.) der hiebei selbstverständlich nicht nach Laune zu entscheiden, sondern, die eigenthümliche Beschaffenheit der Sache und die Anschauungen des in concreto maßgebenden Theils der Bevölkerung, z. B. sachverständiger Kaufleute, zu Directiven seines Spruches zu nehmen hat.

## §. 43.

### Versäumung der Frist.

Endlich fragt es sich noch, welchen Einfluß die Verspätung oder der Verlust einer Vertragserklärung auf das Schicksal des beabsichtigten Vertrages habe.

Hier ist zunächst einleuchtend, daß, wenn die Offerte gar nicht oder erst nach Ablauf der von ihr selbst gesetzten Frist oder so spät, daß eine Beantwortung nicht wohl mehr möglich ist, an den Adressaten gelangt, der Vertrag, gleichviel ob es sich hier um eine bestimmte oder durch richterliches Ermessen zu bestimmende Zeitgrenze handelt, ob einer der Contrahenten oder der Zufall die Schuld daran trägt, der ursprünglich gewollte Vertrag nicht perfect werden kann, und daß überhaupt kein rechtlicher Anspruch entsteht; denn es gibt kein Recht auf Stellung eines Angebots und keines auf Beantwortung desselben (Regelsberger, S. 80).

Geht dagegen die Accepterklärung verloren oder gelangt sie innerhalb der maßgebenden Frist nicht mehr zur Kenntniß des

Offerenten, so kommt nach der Vernehmungstheorie der Vertrag nicht zu Stande; nach der Aeußerungstheorie dagegen schadet, rechtzeitige Absendung des Accepts vorausgesetzt, der Verlust oder die Verspätung seiner Kenntnißnahme der Perfection überhaupt nicht, und der Vollziehbarkeit des Vertrags nur dann, wenn diese Kenntnißnahme Bedingung war (siehe oben), deren schuldvolle Vereitlung Seitens des Offerenten übrigens nach l. 161 D. 50, 17 der Erfüllung gleichsteht (siehe Kap. II. a. E.).

Dagegen kann im Falle der verspäteten Annahme Nichts darauf ankommen, ob der Offerent den Grund der Verzögerung gekannt hat. Regelsberger meint zwar, der Offerent müsse alsdann noch zuwarten, da der Oblat in der Voraussicht auf das sichere Zustandekommen des Vertrags schon weitere Veranstaltungen getroffen haben könne, und die Frist sei bis zur Hebung des Hindernisses als verlängert zu betrachten (S. 82). Allein warum die Wissenschaft des Offerenten diese Wirkung haben soll, ist im Fall einer bestimmten Frist nicht einzusehen. Der Offerent will eben durch seine Fristbestimmung die Dauer der Ungewißheit über das Schicksal seiner Offerte und der ihn beengenden Gebundenheit auf ein Minimum einschränken, das er ferneren geschäftlichen Berechnungen mit Sicherheit zu Grunde legen darf; und der Oblat muß sich daran halten und die Acceptation eben ganz aufgeben, wenn er die Unmöglichkeit oder Schwierigkeit ihrer rechtzeitigen Vollendung voraussieht. Auch auf Schadloshaltung hat er gegen den Offerenten um so weniger Anspruch, als er ebenso gut wie dieser den Grund der Verzögerung kennt. Wo dagegen eine billig zu bestimmende Frist zur Beurtheilung kommt, da sind Verzögerungen oder Störungen, die der Offerent gekannt hat, oder wenigstens hätte kennen sollen, allerdings in Betracht zu ziehen, denn jene Frist bemißt sich ja gerade nach den Umständen des einzelnen Falls.

## §. 44.
## 2. Widerruf.

Der Offerent braucht nicht unthätig abzuwarten, bis seine Offerte entweder acceptirt wird oder durch Fristablauf ihre Kraft verliert, sondern er kann, noch ehe eines von Beiden geschieht, die einseitige und seiner Willenssphäre noch unterworfene Erklärung durch einen gleichfalls einseitigen Willensact hinfällig machen: dieß ist der Widerruf oder der Rücktritt.

Streitig ist, ob der Widerruf auch dem Acceptanten zustehe, ob der Widerruf erst mit seiner Kenntnißnahme oder schon mit seiner Absendung wirke, und wie es im Falle eines rechtzeitig abgesendeten, aber zu spät kundgewordenen Widerrufs zu halten sei. Die Meinungen gehen hier nach allen Richtungen auseinander.

Die weitgehendste Ansicht — und zwar innerhalb der Vernehmungstheorie — wäre hier offenbar die, wonach die Vertragsperfection durch jeden Widerruf vereitelt würde, der vor dem Moment der Kenntnißnahme des Accepts abgesendet würde, gleichviel von welchem Contrahenten, und gleichviel, wann er einträfe.

In diesem Fall müßte aber nicht nur der Acceptant, selbst nach geraumer Zeit und nachdem er bereits im Vertrauen auf den Vertrag anderweite Verpflichtungen eingegangen, jeden Augenblick darauf gefaßt sein, alle seine Berechnungen durch einen Absagebrief durchkreuzt zu sehen, sondern auch der Offerent, mit dem Annahmebrief in der Hand, müßte das Gleiche vom Acceptanten gewärtigen.

Nimmt man noch hinzu, daß auch der Widerruf durch eine neue Erklärung und auch diese wieder widerrufen werden könnte, daß solches Seitens beider Contrahenten möglich wäre, und daß schon die einfache Absendung der Erklärung zur zerstörenden Wirkung genügen soll, so kommen wir zu einem wahren Babel sich kreuzender und widersprechender Erklärungen, und die Unsicherheit über die Existenz des Vertrags, deren Vermeidung ja der Hauptvortheil der Vernehmungstheorie sein soll, wächst ins Grenzenlose. In

der That habe ich diese Ansicht auch nirgends ausdrücklich ausgesprochen gefunden, aber sie wäre ihren Prämissen ganz consequent.

Man hat nun zunächst den Widerruf des Acceptanten ausgeschlossen, wie dieß wenigstens aus dem von den meisten Rechtslehrern (siehe jedoch Regelsberger, Erört. S. 32, 34) hierüber beobachteten Stillschweigen zu folgen scheint. Von den Anhängern der Vernehmungstheorie muß dieser Ausschluß deßhalb befremden, weil ja ihr zufolge die dem Offerenten noch nicht kundgewordene Accepterklärung eine völlig einseitige ist und der Willensgewalt ihres Absenders unterworfen bleibt.

Uebrigens wäre durch diesen Ausschluß die Schwierigkeit bezüglich des Widerrufs des Offerenten nicht gehoben.

Einige, Scheurl (Beitr. z. R. R. II, 301), Regelsberger (S. 96), fordern deßhalb, daß der Widerruf des Antragstellers dem Anerbotenen vor dem Momente kund werde, in welchem des Letzteren eigene Zusage dem Ersteren kund wird, halten dagegen die Zeit seiner Absendung für gleichgiltig.

Andere, Wening-Ingenheim (civ. Arch. II, 25), Sintenis (Obl.-R. §. 95 Not. 14), Holzschuher (Cas. III, 266), Puchta (Pd. §. 251 A. 1), Seuffert (Pd. §. 256 A. 2), Windscheid (Pd. §. 307) verlangen, daß der Widerruf des Offerenten vor dem Moment abgesendet werde, in welchem der Oblat seine Accepterklärung absendet, und erklären den Zeitpunkt seines Kundwerdens für irrelevant.

Alles das aber ist ziemlich willkürlich, und nicht geeignet, die Ungewißheit über die Existenz des Vertrags zu heben und die Interessen des Acceptanten ausreichend zu wahren. Hat dieser z. B. seinen Zusagebrief am 15. Oktober abgesendet und derselbe gelangt am 17. Oktober zur Kenntniß des Offerenten, so kann es ihm höchst gleichgiltig sein, ob ein etwaiger Widerruf des Letzteren am 14., 15. oder 16. Oktober abgesendet wird, ob er ihm am 16. oder am 18. kund wird, er bleibt nur dann vor möglichem Schaden bewahrt, wenn er den Widerruf rechtzeitig, also bis zum 15. erfährt.

Freilich haben auch die Vertheidiger obiger Theorieen für den Schaden, den diese verursachen, ihre besonderen Hilfsmittel bereit, die actio doli, die Contractsklage wegen culpa in contrahendo, die Klage aus dem stillschweigenden Garantievertrag. Allein abgesehen von den nun schon mehrfach erwähnten Mängeln dieser Klagen, der Ungenügendheit des Gegenstands (negatives Vertragsinteresse), der weitläufigen und schwierigen Beweisführung, und theilweise der beschränkten Vererblichkeit, so liegt, wenn einmal das Recht den Widerruf noch im letzten Moment vor der Acceptation oder gar vor deren Kenntnißnahme gestattet, in der Ausübung dieses Rechtes nimmermehr eine culpa und noch weniger ein dolus, am allerwenigsten in jenen Fällen, wo der Offerent in der That Alles gethan hat, um seinen Widerruf noch rechtzeitig zur Kenntniß des Acceptanten zu bringen, und nur ein nicht vorhersehbares oder nicht zu bewältigendes Hinderniß seine Absicht vereitelte. Andrerseits reicht die Klage aus dem Garantievertrag, wenn man auch deren Berechtigung an sich zugestehen muß, doch nicht immer, nämlich dann nicht aus, wenn der Widerruf abgesendet wurde, ehe die Offerte zur Kenntniß des Oblaten kam, in welchem Fall eben der Garantievertrag selbst nicht zur Perfection kommen konnte.

Doch hat die zweite der genannten Meinungen einige Gründe für sich.

Sobald einmal der Widerruf der Offerte abgesendet ist, kann man sagen, so existirt kein Angebotswille mehr, dem der Anerbotene zustimmen könnte, seine vermeintliche Annahme ist eine gegenstandslose und bedeutungslose Handlung. Dafür scheint denn auch zu sprechen die l. 4 i. f. D. 50, 2:

Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium, et, antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.

Allein jener Grund würde zu viel beweisen. Nach ihm wäre zuletzt selbst die Absendung des Widerrufs unnöthig und die Acceptation schon von dem Augenblicke an bedeutungslos, wo der

Offerent innerlich den ernsten Willensentschluß zum Widerrufe gefaßt, also den Offertwillen verloren hätte, und so schwierig ein Beweis hierüber wäre, so ließe er sich dennoch, etwa durch Vermuthungen, Aeußerungen an die Umgebung, Zuhilfenahme des Erfüllungseides, erbringen. Anlangend dagegen die Pandektenstelle, so gestattet diese keinen Schluß hieher, weil wie Windscheid selbst a. a. O. zugesteht, die Erklärung, um die es sich dort handelt, keine in bindender Absicht abgegebene ist.

Alle diese Schwierigkeiten werden freilich abgeschnitten, wenn man dem Offerenten den Widerruf ganz versagt, wie dieß Wening (civ. Arch. II, 267), theilweise auch das deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 319) will.

Allein Das geht zu weit. Warum soll der Widerruf nicht gelten, wenn er vor oder gleichzeitig mit der Offerte beim Oblaten eintrifft? Und wenn Dieß gestattet ist (H.-G.-B. Art. 320), warum soll nicht auch in der Zwischenzeit widerrufen werden können, so lange der Oblat noch deliberirt und weder durch eine concludente Handlung noch durch Absendung einer Antwort, ja nicht einmal durch sein Schweigen, acceptirt hat? Wenn beispielsweise A den B beauftragt hat, für 10000 fl. Staatspapiere für ihn zu kaufen, und der Cours sinkt inzwischen, ohne daß B bereits gekauft hat, so wäre es höchst unbillig, daß A mit gebundenen Händen die Entscheidung des B oder den Ablauf der Frist erwarte. Der Widerruf vor erfolgter Acceptation ist auch nirgends durch das Recht ausgeschlossen; soll er dieß werden, dann muß es eben durch die Art der Vertragsschließung geschehen.

## §. 45.

### Abhängigkeit der Wirkung des Widerrufs von seiner Kenntnißnahme.

Halten wir eine Umschau über die verschiedenen Meinungen, so wird es sich zeigen, daß sie alle von dem Princip geleitet sind, der Widerruf sei schlechthin ein Mittel, die Vollendung eines im Entstehen begriffenen Vertrags zu hindern. Ist dieses Princip richtig, dann kann allerdings der Widerruf bis zum

letzten Perfectionsmoment von jedem Contrahenten ausgeübt werden, und es genügt für seine hindernde Wirkung die bloße Absendung. Allein ich halte es eben für unrichtig. Der Widerruf vereitelt den Vertrag nur mittelbar, unmittelbar vernichtet er nur die Kraft der Erklärung, für die er bestimmt ist, und kann deßhalb stets nur in engster Beziehung auf die einzelne Erklärung gewürdigt werden.

Was nun zunächst die Offerte anlangt, so hat diese die Bestimmung, einer Person, dem Oblaten, den auf Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichteten Willen einer andern kund zu thun, und sie zum Anschlusse an diesen Willen zu bewegen. Mithin kann ein Widerruf der Offerte auch nur die Bedeutung haben, daß der Oblat nun Das nicht mehr thun solle, wozu er ursprünglich bewogen werden sollte. Dazu ist aber unumgänglich nöthig, daß er von der Aenderung des Willens Kenntniß erhält, ehe er acceptirt; ist einmal acceptirt und damit die Bestimmung der Offerte erreicht, so erscheint die Nachricht von der Willensänderung als ein für die Perfection bedeutungsloses Factum und kann nur als Angebot zu einem Aufhebungsvertrage in Betracht kommen.

Daß nach abgesendetem Widerrufe kein Wille mehr existire, dem sich der Oblat anschließen könne, ist nur scheinbar wahr. Der ernstliche Wille des Offerenten ist in die Offerte über- und aufgegangen und in dem zu ihrer Uebermittlung gebrauchten Medium (Brief, Bote) verkörpert; sie bietet dem Acceptanten eine sichere Basis für seine Entschlüsse. Soll diese vernichtet werden, so bedarf es einer der Offerte gleichwerthigen, also dem Oblaten kund werdenden Willensmanifestation; der Entschluß zum Widerrufe ist nur der Keim, die Absendung desselben nur der Versuch dazu, sein verspätetes Kundwerden aber ein Mißlingen dieses Versuchs. Ob er durch des Offerenten Schuld oder durch Zufall mißlingt, ist gleichgiltig; denn die Kenntnißnahme vom Widerrufe erscheint nach obiger Ausführung als eine absolut nothwendige Bedingung für die Hinfälligkeit des Vertragsanerbietens. Nur dann, wenn der Acceptant selber in irgend einer Weise, durch eine geringe

Nachlässigkeit oder aus offenbarer Hinterlist, an dem Mißlingen die Schuld trägt, dann gilt der Widerruf als ihm rechtzeitig kund geworden, und seine Annahme hilft ihm Nichts nach der mehrfach citirten l. 161 D. 50, 17.

Die hier entwickelte Ansicht scheint auch in's Rechtsbewußtsein des Volkes übergegangen zu sein. Wenn Jemand ein ihm nachtheiliges Anerbieten gemacht hat und, etwa im Familienkreise, hinterher zu besserer Einsicht gebracht wird, mit welch' fieberhafter Eile betreibt er den Abgang des rettenden Eilboten oder des Telegramms, mit welch' ängstlicher Miene vertieft er sich in den Fahrtenplan und erkundigt sich, wann am Wohnort des Adressaten Postschluß sei, und das in Fällen, wo eine Verspätung des Widerrufs ihm nicht einmal eine Schadenklage zuzöge, z. B. beim (befristeten) Angebot zu einer Schenkung in Geld! Hätten die gegentheiligen Rechtsanschauungen im Volke Wurzel gefaßt, er würde sicher zu dem minder kostspieligen und gemächlicheren Mittel brieflicher Mittheilung greifen, und den auf Erfüllung dringenden Vertragsgegner, der den Widerruf acht Tage zu spät erhalten, mit aller Ruhe auf das Datum der Postaufgabe verweisen.

Was die Acceptation betrifft, so hat diese nach der Vernehmungstheorie die Bestimmung, den Offerenten von der Zustimmung des Acceptanten zu verständigen und hiedurch die Willensübereinstimmung zum endlichen Abschluß zu bringen. So lange diese Bestimmung nicht erreicht ist, kann also auch der Acceptant vom Widerrufe Gebrauch machen, jedoch nur so, daß der Offerent denselben vor oder doch gleichzeitig mit der Acceptation erfährt. War aber der Offerent irgendwie Schuld daran, daß Dieß nicht geschah, z. B. er hat den Widerrufsbrief gar nicht oder zu spät oder den Annahmebrief vor dem gleichzeitig eingetroffenen Widerrufsbrief gelesen, so kann er sich nicht darauf berufen; vielmehr gilt auch hier der Widerruf als rechtzeitig kund geworden und der Vertrag wird nicht perfect.

In der Aeußerungstheorie dagegen gibt es im Allgemeinen begrifflich keinen Widerruf der Annahme; aber für den

Fall, daß die Kenntnißnahme derselben schlechthin und ohne jeglichen Vorbehalt zur Suspensivbedingung für den Vertrag gemacht wurde, darf man annehmen, der Offerent habe deren Erfüllung oder Nichterfüllung nicht bloß dem Zufalle überlassen, sondern auch der freithätigen Einwirkung des Oblaten einen gewissen Spielraum gestatten wollen. Alsdann kann der Widerruf des Acceptanten zwar nicht die Perfection des Vertrages, wohl aber die Erfüllung der Suspensivbedingung und damit dessen Vollziehbarkeit vereiteln. Am zweckdienlichsten geschieht Dieß durch Unterbrechung der Uebermittlung des Accepts, z. B. Zurücknahme des Briefes von der Post; aber auch, wo Dieß nicht möglich oder nicht wohl thunlich ist, erheischt es doch die Billigkeit, dem rechtzeitig eintreffenden, widerrufenden Telegramme, Briefe, Boten, die gleiche Wirkung zuzugestehen, und die Kenntnißnahme des Accepts wenn auch nicht als factisch, so doch als rechtlich vereitelt anzusehen. Gelingt es dem Acceptanten nicht mehr, seinen Widerruf rechtzeitig einzubringen und es beruht diese Unmöglichkeit auf dem Verschulden von Personen, für die der Offerent nicht zu haften hat, z. B. des Postbeamten, der den Brief nicht mehr herausgibt, so erscheint dieß rücksichtlich der Vertragsperfection als ein den Acceptanten treffender casus. Weigert sich aber z. B. der vom Offerenten abgesendete Bote, den Acceptbrief zurückzugeben, die Contreordre anzunehmen u. dgl., so wird diese Handlungsweise des Boten dem Offerenten als culpa (er hätte keinen so eigensinnigen Boten schicken sollen), zugemessen, deren Folge die Fiction ist, die Accepterklärung sei ihm in der That nicht kund geworden.

Meine frühere Construction (Kap. II. a. E.) wäre also dahin zu präcisiren: Der perfecte Vertrag wird hier unter der aufschiebenden Bedingung vollziehbar, daß die Annahme innerhalb der bestimmten oder billig zu bestimmenden Angebotsfrist zur Kenntniß des Offerenten gelangt, und nicht von einem Widerrufe des Acceptanten thatsächlich oder vermöge Rechtsfiction überholt oder eingeholt wird. Eine ähnliche Meinung suchte sich in den Conferenzen für das deutsche H. G. B. geltend zu machen, nur daß dort die

kritische Bedingung resolutiv genommen wurde (Regelsberger, Erört. S. 45).

## §. 46.

### Ausschluß des Widerrufs.

Schon früher wurde angedeutet, daß der Widerruf im einzelnen Falle auch ausgeschlossen werden kann.

Für den Oblaten muß Dieß schon durch das einseitige Verbot des Offerenten möglich sein, da es letzterem frei steht, alle die Modalitäten zu bestimmen, unter denen er den Vertrag eingegangen wissen will.

Für den Offerenten dagegen bedarf es zum Ausschluß eines Verzichts, d. h. einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen; Beispiele: Auf Rücktritt wird verzichtet; woran ich 8 Tage lang gebunden sein will; ich bitte um schleunige Antwort, da ein langes obligo meinem Geschäfte hinderlich wäre.

Regelsberger (S. 72) hat diesen Verzicht als einen neben dem Hauptvertrage hergehenden Sondervertrag construiren wollen, dessen Offerte — Behaftungsanerbieten — im Antrage zum Hauptgebot enthalten sei, dessen Annahme im bloßen Stillschweigen liege, und dessen Wirkung Nichtigkeit eines dennoch abgegebenen Widerrufs sei (S. 76). Allein das Hauptbedenken gegen diese Construction bleibt immer, daß die Nichtigkeit des verzichtswidrigen Widerrufs den Grundsätzen des gemeinen Rechts zuwiderläuft, welches hier, wo Geschehenes nicht ungeschehen gemacht, also der Nebenvertrag in natura nicht mehr erfüllt werden könnte, nur eine Klage auf Ersatz des Vermögensinteresses zuließe (Thöl, Hand.-R. S. 57 Not. 36. Jhering's Jahrb. IV, 87 ff.).

Brauchbarer dürfte, da dem Oblaten mit diesem Ersatz nicht gedient ist, folgende Theorie sein: Das Vertragsangebot mit Widerrufsverzicht ist als Offerte zu einem Vertrage aufzufassen, der in seiner Vollziehbarkeit lediglich durch die künftige Geneigtheit des Oblaten bedingt ist, und, weil für diesen offenbar nur vortheilhaft, schon durch dessen bloßes Stillschweigen zur

Vollendung kommt, mithin die Offerte vom Momente ihrer Kenntnißnahme an unwiderruflich macht.

## §. 47.

## 3. Ablehnung.

Bisher wurde der Grund der Hinfälligkeit der Offerte im Willen des Offerenten gesucht. Er kann aber auch im Willen des Oblaten liegen, und die Manifestation dieses Willens ist die Ablehnung. Auch sie vernichtet die Kraft der Offerte und bewirkt, daß eine nach ihr abgegebene Accepterklärung nur die Bedeutung eines neuen Antrags hat; aber auch die Ablehnung selbst kann, wenn nur rechtzeitig, widerrufen werden.

Beschränkt sich der Widerruf der Ablehnung auf Zurücknahme derselben, so bleibt dem Oblaten die Möglichkeit der Annahme für den Rest der bestimmten oder billig zu bestimmenden Antragsfrist gewahrt; enthält er aber zugleich eine definitive Annahme, so wird der Vertrag sofort perfect. Dagegen wird — und dieser Fall ist sehr wohl von dem vorigen zu unterscheiden — der Vertrag nicht perfect, wenn eine abgesendete Accepterklärung widerrufen wurde, und nun der Widerruf jene überholt.

Die Ablehnungserklärung ist in Allem das Widerspiel der Annahmeerklärung; daher hat bezüglich des Zeitpunktes ihrer Abgabe, der Möglichkeit und Rechtzeitigkeit des Widerrufs, sowie der Folgen der culposen oder dolosen Verhinderung oder Verzögerung des letzteren durch den Offerenten, durchgängig dieselbe Behandlung je nach dem Standpunkte der Vollendungstheorie einzutreten, nur daß hier die Wirkung allemal die entgegengesetzte ist, und daß ein allgemeines Widerrufsverbot des Offerenten sich auf die Zurücknahme der Ablehnung um deßwillen nicht erstreckt, weil er gerade die Annahme bezwecken will.

## §. 48.

## B. Unwillkürliche Hindernisse der Vertragsvollendung.

### a) Persönliche Hindernisse:

### 1. Der Tod der Contrahenten.

Obwohl jeder Vertrag die Summe von Handlungen ist, welche zeitlich mehr oder minder auseinanderliegen, so gilt doch nach R. R. die Fiction, als ob er in einem untheilbaren Moment zu Stande käme und alle hiezu nöthigen Handlungen in diesem Moment erfolgten.

L. 18 pr. D. VIII, 4: Receptum est, ut plures domini, et non pariter cedentes, servitutes imponant vel acquirant, ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur, *perindeque sit*, *atque si eodem tempore omnes cessissent.*

Daraus folgt, daß alle zur Perfection nöthigen Voraussetzungen, und namentlich der Vertragswille, bis zum letzten Momente fortdauern müssen. Wenn nun auch diese Willensfortdauer durch einen blos innerlich beschlossenen oder erst abgesendeten Widerruf nach früherer Ausführung noch nicht ausgeschlossen wird, so geschieht Dieß doch unleugbar durch ein Ereigniß, daß mit der ganzen Persönlichkeit des Menschen dessen Willenssphäre überhaupt vernichtet, den Tod. Consequenter Massen muß nach der Vernehmungstheorie das Zustandekommen des Vertrags vereitelt werden, wenn Einer der Contrahenten stirbt, ehe der Offerent die Annahme seiner Offerte erfahren hat.

Diese Entscheidung muß aber in ihrer Allgemeinheit sofort unser lebhaftes Bedenken erregen. Hat einmal der Oblat seine Antwort abgegeben, so kann es dem Offerenten ganz gleichgiltig sein, ob Jener in der Zwischenzeit bis zur Kenntnißnahme, vielleicht nur einige Minuten vor derselben, mit Tod abgeht; und ebenso kann, wenn die Perfection nicht von einer weiteren Genehmigung, sondern blos von einer Kenntnißnahme abhängen soll, diese ebenso gut durch einen Universalsuccessor oder mit der clausula heredum Bevollmächtigten des verstorbenen Offerenten be-

schäftigt werden. Die Zeitdauer, welche zwischen der Abgabe der Annahmeantwort und ihrem Kundwerden verfließt, beruht ja doch nur auf der Unvollkommenheit menschlicher Verkehrseinrichtungen und ist je nach der Ausbildung der letzteren eine sehr relative. Hätte z. B. der Acceptant zur Uebermittlung seiner Erklärung den Telegraphen gewählt, so würde er oder der Offerent oder nach Umständen Beide die Perfection des Vertrages erlebt haben; die Vereitlung des Vertrages beruhte somit in letzter Instanz auf der unpassenden Wahl des Verkehrsmittels.

Freilich vermögen alle diese Bedenklichkeiten die Consequenz des R. R. nicht umzustoßen, aber sie werden uns veranlassen, die Vernehmungstheorie, welche zu diesen Consequenzen führt, hier ganz aufzugeben und uns lediglich auf die Aeußerungstheorie zu beschränken, deren Grundsätze über diese Schwierigkeit besser hinweghelfen.

Hat hier der Oblat den ersten entscheidenden Schritt zur Annahme gethan, so schadet weder sein, noch des Offerenten Tod, auch nicht in dem Fall, wo das Kundwerden der Annahme zur Suspensivbedingung des Vertrags gemacht wurde; denn die Contrahenten brauchen ja die Entscheidung über eine schwebende Bedingung nicht zu erleben. Statt des verstorbenen Offerenten nimmt nun dessen Universalsuccessor oder der mit der clausula heredum Bevollmächtigte, da es sich hier doch nur um Befriedigung eines praktischen Bedürfnisses handelt, von der erfolgten Annahme Kenntniß. Andrerseits geht das etwaige Recht, die Erfüllung der Bedingung zu vereiteln (Zurücknahme des Briefs) oder zu paralysiren (Nachsendung eines Widerrufs), auf die Erben und bzw. Bevollmächtigten des Oblaten über. Nur wenn der verstorbene Offerent selber die S c h u l d daran trug, daß er die Annahme nicht noch bei seinen Lebzeiten erfuhr, und so die gesetzte Suspensivbedingung nicht zur Erfüllung gelangte, dann ist es gar nicht mehr nothwendig, daß nunmehr die Erben des Offerenten Kenntniß vom Accept nehmen, sondern die kritische Bedingung gilt nach der Rechtsfiction der l. 161 D. 50, 17 als bereits erfüllt, und damit ist der ohnehin schon perfecte Vertrag nun auch vollziehbar geworden.

Ist der erste entscheidende Schritt zur Annahme noch nicht gethan, dann freilich wird auch nach der Aeußerungstheorie das Zustandekommen des Vertrags durch den Tod jedes Contrahenten vereitelt; denn der Tod des Oblaten macht es sofort gewiß, daß die Angebotsfrist fruchtlos abläuft, und der Tod des Offerenten hebt dessen Willensfortdauer auf. Gegen die Härten, die hieraus entstehen können, hat sich die Theorie vergeblich bemüht, eine ausgiebige Hilfe zu gewähren.

1) Der Widerrufsverzicht, abgesehen davon, daß er auf den freien Willen des Offerenten gestellt ist, bietet gar keinen Schutz, wenn man ihn als einen Sondervertrag mit der Wirkung der Nichtigkeit des Rücktritts betrachtet. Denn wenn der Offerent stirbt, so wird eben die Offerte schon durch seinen Tod abfällig und es kommt auf den Gebrauch oder Nichtgebrauch des Widerrufs Seitens der Erben gar nicht mehr an (Regelsberger, Erört. S. 101).

Aber auch, wenn er als ein durch bloßes Stillschweigen annehmbares Angebot zu einem contractus sub conditione si alteri placuerit aufgefaßt wird, so schützt er den Acceptanten erst von dem Augenblicke an, wo die Offerte zu seiner Kenntniß gekommen ist, ein früherer Tod des Offerenten macht auch hier die Vertragsperfection unmöglich.

2) Die Annahme, daß die Erben des Offerenten dessen Offerte durch ihr Stillschweigen genehmigen und hiedurch erneuern, ist unstichhaltig. Denn wenn die Erben von der Existenz der Offerte Nichts wissen, so verträgt ihr Stillschweigen diese Deutung nicht; wissen sie aber davon, wer vermöchte ihre Behauptung zu widerlegen, sie hätten im sicheren Vertrauen auf das den Widerruf nicht für nöthig erklärende gemeine Recht still geschwiegen?

3) Rudloff (diss. de accept. §. 66.) verwirft unsere Entscheidung ganz, indem er schlechthin behauptet, eine in einem Briefe versicherte Schenkung könne auch nach des Promittenten Tode wirksam vom Donatar acceptirt werden. Regelsberger (S. 111, 116) dagegen will wenigstens zwischen Kenntniß und Unkenntniß des Oblaten vom Tode des Offerenten unterschieden wissen, und indem er sich

auf die Rücksichtnahme stützt, welche das R. R. (l. 33 D. 41, 2. l. 5 §. 17 D. 14, 3) der unverschuldeten Unwissenheit angedeihen lasse, stellt er die Ansicht auf: Bei Unkenntniß des Acceptanten vom Tode des Offerenten werde der Vertrag trotz des Todes perfect, soferne das Angebot nicht ein unvererbliches Vertragsverhältniß betreffe, oder in erkennbarer Weise auf die Person des Anbietenden beschränkt sei.

Allein Beide, theilweise nach eigenem Zugeständniß (Regelsb. S. 111), stehen im Widerspruche mit folgenden Stellen des R. R.:

a) L. 18 D. 8, 4: Receptum est ..... cessissent; et ideo si is, qui primus cessit, vel *defunctus sit* vel ..... alienaverit, post deinde socius cesserit, *nihil agetur.* Der Grund der Vertragsvereitlung ist hier der, daß die Fiction, als hätten alle socii im Perfectionsmomente cedirt, wegen des inzwischen erfolgten Todes des Einen socius nicht mehr eintreten kann.

b) L. 14 D. 19, 2: Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; ....... Et ideo si interim dominus furere coeperit, vel *decesserit*, fieri *non* posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur. Diese Stelle beweist wenigstens so viel, daß die Annahme, Jemand w o l l e contrahiren, von seiner physischen Existenz abhängt.

c) L. 2 §. 6 D. 39, 5: Si quis donaturus mihi pecuniam dederit alicui, ut ad me perferret, et *ante mortuus erit*, quam ad me perferat, *non* fieri pecuniam dominii mei constat. Regelsberger (S. 103 ff.) will hier durch einen Vergleich mit dem vorhergehenden §. dieser Gesetzesstelle gefunden haben, das Hinderniß des Eigenthumsübergangs liege in dem Umstande, daß derjenige, in dessen Namen die Sache übertragen werde, im Uebergabsmomente nicht mehr Eigenthümer sei. Allein eben so gut läßt sich umgekehrt als Grund anführen, daß derjenige, welcher im Uebergabsmomente Eigenthümer ist, der Erbe nämlich, nicht

übertragen will, m. a. W. daß der Erbe nicht in die Offerte succedirt. Uebrigens spricht gerade der §. 5 eod. m. E. gegen die R.'sche Auslegung: denn, obwohl hier in dem Augenblicke, wo der Oblat seine bisherige vacua possessio in Eigenthum verwandeln soll, quum Sejus consul factus esset, der Offerent nicht mehr Eigenthümer ist, mortuo Titio, so soll Dieß doch kein Hinderniß für den Eigenthumsübergang bilden. Der wahre Unterschied zwischen beiden Fällen ist eben der, daß in §. 5 der Tod einen vollendeten Vertrag trifft, in §. 6 einen unvollendeten, und damit ist unser Satz bewiesen.

d) L. 41 D. 12, 1: Si tibi in hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde *mortuo me ignorans* dederis, accipientis *non facies*. Jemand macht hier durch einen nuntius dem Stichus ein Offert zu einem mutuum römischer Construction durch Darbieten einer Geldsumme. Die Empfangnahme derselben kann aber den Darlehensvertrag und damit das Eigenthum des Stichus nicht begründen, weil der Offerent inzwischen gestorben, also das Angebot nicht mehr von dessen Willen getragen ist, und obwohl der Ueberbringer und folglich auch der Oblat von dem Todesfalle Nichts weiß.

## §. 49.
### Möglichkeit einer Rechtshilfe.

Der Satz, daß der vor dem ersten entscheidenden Schritt zur Annahme erfolgende Tod eines Vertragschließenden die Vollendung des Vertrages verhindere, läßt sich also nicht hinwegdisputiren. Es mag sein, daß dadurch der Oblat oder der Offerent oder deren Rechtsnachfolger um so manchen Vortheil kommen, den eine längere Lebensdauer des Vertragsgegners ihnen verschafft hätte, ja selbst daß ihre Unkenntniß von dessen Tode sie in empfindlichen Schaden stürzt. Aber derlei Mißlichkeiten würden auch durch die entgegengesetzte Rechtsnorm nicht beseitigt. Ja, es wäre in vielen Fällen noch weit unbilliger, die Erben des Offerenten zur Erfüllung eines Vertrages zwingen zu wollen, an dessen Zustandekommen sie nicht mitgewirkt und den sie doch ebenso wenig fertig vorgefunden haben,

eines Vertrags, der oft für sie ganz nutzlos und manchmal sogar absichtlich zu ihrem Schaden abgeschlossen wäre. Die Theorie hat genug gethan, wenn sie dem getäuschten Acceptanten für das sog. negative Vertragsinteresse einen Ersatz gewährt. Ihering's Contractsklage wegen culpa in contrahendo (Jahrb. IV, 92 ff.) taugt hiezu freilich nicht, da man es doch nimmermehr Jemanden zur Schuld anrechnen kann, unter Abwesenden brieflich statt mündlich contrahirt zu haben; dagegen führt Windscheid's Klage aus dem mehrerwähnten Garantievertrage wenigstens dann zum Ziel, wenn der Offerent die Kenntnißnahme seines Anerbietens durch den Oblaten erlebt hat.

Außerdem rechtfertigt sich noch folgende Erwägung: Der obligatorische Vertrag ist schon seiner Natur nach etwas auf die Personen der Paciscenten Beschränktes. Dieß tritt vor Allem hervor bei den unvererblichen Rechtsverhältnissen, Mandat, Societät, persönliche Dienstleistungen, aber auch andere Fälle zeigen deutlich diesen Grundcharakter, z. B. Miethe von Luxusthieren, Kauf von Liebhabereien, Erlernung einer Kunst oder Wissenschaft, Bestellung von Kleidungsstücken. Dagegen gibt es auch wieder, und zwar nicht seltene, Ausnahmen, bei welchen die beiderseitigen Vermögensmassen der Contrahenten vor Allem interessirt und die Personen, die bloß zufälligen Repräsentanten derselben, als für den Vertragsabschluß gleichgiltig erscheinen. So oft dieß der Fall ist, kann man annehmen, daß der Offerent sein Angebot stillschweigend auch für seine etwaigen Rechtsnachfolger abgegeben, und eventuell auch an die des Anerbotenen gerichtet haben wolle. Alsdann kann die Offerte nach dem Tode des Oblaten, so lange die Frist noch läuft, von den Erben desselben oder deren Stellvertretern angenommen werden. Die Erben des Offerenten allerdings werden durch jene einseitige stillschweigende Erklärung ihres Erblassers nicht verbunden, dessen Angebot wie ihr eigenes gelten zu lassen, aber die Accepterklärung des Oblaten enthält nunmehr einen verbindlichen Antrag des letzteren an sie, und es hindert uns Nichts anzunehmen, daß die Annahme dieses neuen Antrags, Kenntniß davon vorausgesetzt, im bloßen Stillschweigen der Erben liege.

## §. 50.

### 2. Wahnsinn und Blödsinn.

Wahnsinn und Blödsinn schließen wie der Tod die Willensfähigkeit der Contrahenten aus (l. 14 D. 19, 2) und hindern darum, wenn sie Einen derselben vor der Annahme befallen, die Perfection des Vertrags. Handelt es sich dagegen nur mehr um dessen von der Kenntnißnahme des Accepts bedingte Vollziehbarkeit, so kann diese Kenntnißnahme vom Curator des wahnsinnigen Offerenten bethätigt werden, gleichwie denn für diesen Fall das etwaige Recht zum Widerruf, d. i. zur Vereitlung der Bedingung, von dem Curator des geisteskranken Acceptanten ausgeübt wird.

Es unterscheiden sich aber Wahn- und Blödsinn vom Tode dadurch, daß die durch sie bewirkte Unterbrechung der Willensfortdauer wieder gehoben werden kann, entweder indem der Wahnsinnige innerhalb der Angebotsfrist wieder zur Vernunft kommt, oder innerhalb derselben Zeit ein neues Willensorgan, einen Curator, erhält; denn wäre dieß nicht der Fall, so müßte consequenter Massen schon eine temporäre Aufhebung des Willensvermögens, durch Ohnmacht, hochgradige Trunkenheit, zuletzt sogar durch Schlaf, die Offerte für immer hinfällig machen.

Seitens des Oblaten ist die Wirkung der Wiedergenesung oder Curatelbestellung selbstverständlich die, daß nun für ihn und bzw. für seinen Curator, die Möglichkeit gegeben ist, noch innerhalb der gesteckten Frist anzunehmen.

Seitens des Offerenten dagegen werden wir beide Fälle auseinanderhalten müssen. War er geistig gesund, als er die Offerte stellte, und ebenso als sie acceptirt wurde, so kann ihm eine zeitweilige Unterbrechung seiner geistigen Integrität in der Zwischenzeit Nichts schaden.

Erfolgte aber vor der Acceptation keine Genesung, sondern Curatelbestellung, so wird man wohl fordern müssen, daß nun der Curator von der abgegebenen Offerte Kenntniß erhalte und keine Mißbilligung derselben zu erkennen gebe; außerdem würde sie hinfällig werden.

Hat er aber keine Kenntniß davon erhalten, so wird es sich rechtfertigen, die mittlerweile an ihn gelangende Accepterklärung des Oblaten doch als ein erneutes Angebot zu dem ursprünglich gewollten Vertrage zu betrachten, welches er statt seines Curanden durch bloßes Schweigen acceptirt (ähnlich §. 48 a. E.).

§. 51.

### 3. Curatelbestellung wegen Verschwendung oder Geistesschwäche.

Verfügungsfähigkeit der Contrahenten ist nicht schlechthin für Verträge erforderlich, sondern nur zum vollgiltigen Abschlusse derjenigen, welche nicht reine Erwerbsgeschäfte bezielen. Soll also Jemand aus einem im Entstehen begriffenen Vertrage lediglich berechtigt werden, z. B. er hat um ein Geschenk gebeten, oder es ist ihm ein solches angeboten worden, dann hängt die Entstehung seiner Berechtigung von der Fortdauer seiner Verfügungsfähigkeit keineswegs ab; soll er dagegen, sei es allein (Schenkungsversprechen) oder neben seiner Berechtigung (Kauf) auch verpflichtet werden, dann muß er seine Verfügungsfähigkeit bis zum Abschluß des Vertrages behalten. Geht dieselbe durch Verhängung einer Curatel wegen Verschwendung oder Geistesschwäche verloren, und wird sie nicht durch Aufhebung der letzteren vor jenem Zeitpunkte wieder gewonnen, so wird zwar der beabsichtigte Vertrag perfect, aber seine Verpflichtung, und damit auch seine Berechtigung (wegen der exceptio doli), sowie Berechtigung und Verpflichtung seines nicht bevormundeten Vertragsgegners, sind durch die Genehmigung der Curatel des Verschwenders oder Geistesschwachen suspensiv bedingt, welche Bedingung natürlich auch deficiren kann. Es entsteht ein pactum claudicans, richtiger ein pactum sub conditione si curator voluerit. Daraus folgt:

Gibt der Curator des Offerenten ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständniß mit der existirenden Offerte schon vor deren Annahme zu erkennen, bzw. ertheilt der Curator des Oblaten in derselben Weise seine Einwilligung zur Acceptation oder acceptirt

er selbst Namens seines Curanden, so kommt sofort ein unbedingter Vertrag zu Stande.

Haben aber beide Contrahenten die Verfügungsfähigkeit verloren und keiner ihrer beiden Curatoren hat noch die bezügliche Vertragserklärung genehmigt, dann ist trotz der Acceptation so viel wie Nichts geschehen, vielmehr steht die Möglichkeit erneuter Vertragschließung nunmehr bei den beiden Curatoren.

## §. 52.

### b) Sachliche Hindernisse.

### 1. Unmöglichkeit der Leistung.

Zur Perfection eines Vertrages gehört auch, daß die Leistung oder die beiden Leistungen, die er bezweckt, möglich seien; ist auch nur Eine davon unmöglich, so entsteht kein Vertrag, denn impossibilium nulla obligatio.

Nach der römischen Rechtsfiction, daß der Vertrag im Perfectionsmomente geschlossen werde, muß nun auch eine zwischen der Absendung der Offerte und jenem Moment eintretende Unmöglichkeit die Vereitlung des Vertrags nach sich ziehen; die Offerte wird eben ganz gegenstandslos und damit hinfällig. Dieß ist der Fall, wenn die zu leistende Sache untergeht (l. 1 §. 9 D. 44, 7) oder aus dem commercium ausscheidet (l. 83 §. 5 D. 45, 1), wenn der offerirte Sklave stirbt (§. 1 J. III, 19) oder frei wird (§. 2 eod.). Hier ist weder der eine Contrahent zur Leistung der Aestimation (l. 103 D. 45, 1), noch der andere zur Gegenleistung verbunden. Wohl aber haftet, sofern nur die Acceptation rechtzeitig erfolgt ist, der Offerent dem Acceptanten, oder, wenn das Hinderniß auf Seite des letzteren liegt, z. B. er ist inzwischen Eigenthümer der ihm zugesicherten Sache geworden (§. 2 i. f. J. III, 19), Dieser Jenem aus dem stillschweigenden Garantievertrag für das sog. negative Vertragsinteresse (Windscheid, Pd. §. 315 A. 3).

Anders liegt die Sache, wenn die Leistung nicht objectiv, sondern nur subjectiv, d. h. nur dem Verpflichteten unmöglich wurde (l. 55 D. 19, 1), z. B. wenn dieser das commercium der

versprochenen Sache verloren hat (l. 34 D. 45, 1), oder wenn die von ihm zu liefernde Sache evincirt wurde. Der Vertrag wird hier perfect, und die Verpflichtung des Schuldners geht nunmehr auf Leistung der Geldästimation. Eine bloß subjective Unmöglichkeit liegt nun aber stets vor, wo es sich um die Leistung generell bestimmter Gegenstände oder bloßer Werthe handelt; der vor der Acceptation eintretende Untergang der etwa bereit gehaltenen Feldfrüchte oder Geldstücke oder der gänzliche Vermögensverfall hindert das Zustandekommen des Vertrags nicht und befreit den Schuldner nicht.

Meines Erachtens liegt nun aber eine bloß subjective Unmöglichkeit der Leistung auch vor im Falle der richterlichen Beschlagnahme und der Concurseröffnung.

Die Meinung Regelberger's (l. c. S. 125, 127), Concurs nnd Arrest hindere das Zustandekommen eines Vertrags über den zur Concursmasse gehörigen, bzw. den arrestirten Gegenstand, beruht auf der Annahme, daß durch die genannten Maßnahmen die rechtliche Verfügungsfähigkeit des Cridars und Arrestaten gehemmt werde. Allein Dieß halte ich für unrichtig. Weder nach früherem noch nach späterem römischem Schuldrechte war dieß der Fall, und auch der Grundgedanke der deutschen Praxis ist nicht der, den Schuldner unter eine Art von Curatel zu stellen, so oft dieß auch formell hervorgehoben wird, sondern nur seinen Handlungen jeden Effect zu versagen, der zum Nachtheile seiner Gläubiger ausschlagen könnte. Concurs und Arrest legen nur einen Bann auf alle, bzw. einzelne Vermögensstücke des Schuldners, sie machen Veränderungen in deren Besitz- und Eigenthumsverhältnissen durch Entäußerung (Hinweggabe, Verzicht) rechtlich unmöglich, und es ist das Dispositionsverbot an den Schuldner nur der Ausdruck für diese Unmöglichkeit; aber sie beschränken ihn keineswegs in seiner persönlichen Freiheit, trotz dieser Unmöglichkeit Verpflichtungen zu derartigen Entäußerungen zu übernehmen, sie verbieten ihm nur, sie zu realisiren.

Verpflichtende Offerten führen also, wenn sie vor der Concurseröffnung oder Beschlagnahme gestellt und nach derselben acceptirt

wurden, zu einem giltigen Vertrag, der den Promittenten bei fortdauernder Unmöglichkeit der Naturalerfüllung zur Leistung der Geldästimation verbindet.

Wenn demnach beispielsweise A dem B den Nachlaß einer Schuld offerirte, und B mußte troß rechtzeitiger Acceptation wegen eines inzwischen ausgebrochenen Concurses die Schuldsumme in die Masse zahlen, so erwirbt er gegen den Cridar A ein Forderungsrecht in einem der nachgelassenen Summe gleichen Betrage.

Ist aber das Hinderniß der Entäußerung durch Aufhebung der Beschlagnahme, Arrangement mit den Gläubigern, Stundung der Schulden (Bl. f. R.-A. XXVIII, 160) hinweggefallen, oder die im Executionswege verkaufte Sache wieder an den Cridar gelangt, oder ist dieser sonstwie wieder zu Vermögen gekommen, so steht dem Vertragsgegner Nichts im Wege, seine Forderungen in natura oder in Geld einzuklagen.

### §. 53.

### 2. Aenderung der Gesetzgebung.

Eine Aenderung in der Gesetzgebung kann die Vertragserklärung hinfällig machen, wenn sie für deren Giltigkeit mehr oder andere Voraussetzungen bestimmt, als bis dahin nöthig waren.

Wird also

1) eine bestimmte Form für die Vertragserklärungen verlangt, so wird die formlos gestellte und noch nicht acceptirte Offerte hinfällig.
2) Wird die in Form einer Frage gestellte Offerte für unverbindlich erklärt, so wird das frageweise Anerbieten hinfällig.
3) Wird an Stelle der billig zu bestimmenden Angebotsfrist eine genau begrenzte, z. B. zwei Posttage, gesetzt, dann wird die Offerte mit dem Ablauf der neuen Frist hinfällig, wenn auch deren Annahme nach den früheren Rechtsgrundsätzen noch später möglich gewesen wäre.

Alles dieses folgt aus der Fiction des gemeinen Rechts über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

# V. Kapitel.

## Besondere Arten der Vertragseinleitung.

### I. Die Versteigerung.

§. 54.

Die Versteigerung — und Das ist wohl unbestritten — ist keine besondere Obligationsform, sondern nur ein für lästige Verträge verschiedener Art geeigneter Modus der Einleitung, wodurch der Veranstalter — Versteigerer — eine Concurrenz möglichst vieler Vertragslustiger — Steigerer — und hiedurch den Abschluß eines Vertrags unter möglichst für ihn vortheilhaften Bedingungen herbeizuführen sucht. Sie war bekanntlich bei den Römern nicht nur in häufiger Uebung, sondern in gewissen Fällen, wo finanzielle Rücksichten das Bedürfniß der Erzielung möglichst hoher Gegenleistungen besonders lebhaft hervortreten ließen, sogar gesetzlich vorgeschrieben. Allein die Justinianischen Gesetzeswerke enthalten darüber doch nur dürftige Bestimmungen, und namentlich Nichts, was über die in dieser Materie heute so zahlreichen Streitfragen Licht verbreiten könnte.

Gleichwohl trugen die älteren Juristen, so besonders Glück (Pd.-Comm. XVI, 267) kein Bedenken, die Grundlage der V. in der in den Quellen ausführlich behandelten addictio in diem zu erblicken, die zwar regelmäßig verabredet sein müsse, der Versteigerung aber allemal schon stillschweigend inhärire. Man war nur noch darüber im Zweifel, ob die Bedingung, „daß sich ein vortheilhafterer Contrahent finde", hier resolutiv oder suspensiv wirke, und Glück fand in der Suspensivwirkung eine von der Regel der add. i. d. (l. 2 §. 4 D. 41, 4) abweichende Eigenthümlichkeit der Versteigerung.

Diese Theorie darf als beseitigt betrachtet werden; es ist nunmehr zur Gewißheit gebracht, daß Versteigerung und addictio in diem wesentlich verschiedene Institute sind.

Zwar finde ich den Unterschied nicht darin, daß bei der Versteigerung jedes nachfolgende Gebot immer numerisch höher als das vorhergehende sein müsse, halte vielmehr ein gleich hohes mit vortheilhafteren Nebenbedingungen, und — worin vielleicht eher die Differenz liegt — selbst ein niedrigeres für möglich und verbindlich. Aber Das wird sich nicht leugnen lassen, daß bei der add. i. d. das bessere Angebot bloß zu Gunsten des Verkäufers wirkt, bei der Versteigerung auch zu Gunsten des Käufers, daß bei jener der Käufer sich im Vertrag erhalten kann, bei dieser nicht. Auch findet die add. i. d. in den Quellen nur auf Käufe (l. 1 D. 18, 2), die Versteigerung auch auf andere Verträge Anwendung; und indem einige Stellen Fragen, welche die Versteigerung betreffen, nur nach der Analogie der add. i. d. entscheiden (l. ult. D. 49, 4), oder die Versteigerung da nicht erwähnen, wo sie sonst offenbar erwähnt werden müßte, nämlich bei der Frage von der Zulässigkeit mehrerer successiver addictiones in diem (l. 11 D. 18, 2), bewähren sie hinlänglich die juristische Verschiedenheit beider Institute.

Neuere Rechtslehrer, Holzschuher (Cas. III. 9. 6), Seuffert (Pd. §. 256), Puchta (Pd. §. 252), Arndts (Pd. §. 231), haben denn auch die Anwendung der Theorie von der add. i. d. auf die Versteigerung aufgegeben. Damit fiel auch die Consequenz der früheren Doctrin, daß der Bieter, wenigstens jeder nach dem ersten sich meldende, als Offerent erscheint. Sie betrachten jedes Gebot als wirkliche Abschließung des Vertrags, aber mit der zu Gunsten beider Contrahenten beigefügten Suspensivbedingung, daß sich nicht innerhalb der gesetzten oder durch Arbitrium, z. B. des Auctionators, zu bestimmenden Zeit ein vortheilhafterer Contrahent finden werde. Hienach ist also der Versteigerer Offerent, jeder Bieter Acceptant, der Zuschlag ist in keinem Falle Annahme, er zeigt nur an, daß die Suspensivbedingung nunmehr erfüllt sei und der bereits perfecte Vertrag nun auch beiderseits vollziehbar werde.

Man hat in neuester Zeit eingesehen, daß die Versteigerung im R. R. diese Gestalt nicht hatte. Nach den Grundsätzen des-

selben erläßt der Versteigerer nur eine Aufforderung zur Stellung von Angeboten, die Bieter erscheinen als Offerenten, Jener als Oblat, der Zuschlag kann Annahme sein.

Kindervater (Jhering's Jahrb. IV, 10 ff.) gesteht selbst zu, daß das R. R. die Versteigerung so auffaßte, aber er vertheidigt die entgegengesetzte Construction, wonach der Versteigerer Offerent sei, als eine wohlbegründete Neuerung des heutigen gemeinen Rechts, und will die römisch-rechtliche Gestaltung nur dann zulassen, wenn irgendwie deutlich ersichtlich sei, daß der Versteigerer nicht gebunden sein wolle (l. c. S. 15).

Während so Kindervater die römisch-rechtliche Theorie heutzutage für die Ausnahme hält, betrachten sie Windscheid (Pd. §. 309 A. 17) und Regelsberger (Erört. S. 173) noch als die Regel.

Endlich treten Savigny (Obl.-R. II, 92) und mit aller Entschiedenheit Jhering (i. s. Jahrb. IV, 167 ff.) für die Ausschließlichkeit der letzteren ein.

## §. 55.

## Bekämpfung der gegnerischen Doctrin.

Gegen die von Puchta u. A. vertretene Ansicht spricht eine große Zahl der gewichtigsten Gründe:

1) Allerdings entscheidet in Vertragsverhältnissen zunächst der Wille der Contrahenten, in zweiter Linie (dieß gegen Windscheid, Pd. §. 309 A. 17) die Ortsgewohnheit; allein wenn jener zweifelhaft und diese schwankend ist, wie gewöhnlich bei der Versteigerung, so würde die Unterstellung des Verpflichtungswillens Seitens des Versteigerers den allgemeinen Auslegungsregeln widerstreiten.

L. 34 D. 50, 17: Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? Ad id, *quod minimum est*, redigenda summa est.

Die Redensart, „es werde an den Meistbietenden verkauft", ist offenbar nur eine Umschreibung des Begriffs Versteigerung und keineswegs geeignet, als Ausdruck für den animus offerendi des Ausbieters zu gelten. Aber auch angenommen, der Versteigerer sage mit klaren Worten, er wolle sofort jedem Bieter bedingungsweise und dem Meistbieter definitiv gebunden sein, so wäre dieser Bestimmung doch die rechtliche Wirkung zu versagen; denn:

2) Es ist nach R. R. ein wesentliches und durch Privatwillkür nicht zu beseitigendes Erforderniß der Offerte, daß dieselbe nur an eine bestimmte Person gerichtet werden kann; nun ist aber der Steigerer vor der Gebotslegung offenbar eine unbestimmte Person, kann mithin nicht Oblat sein.

Der Einwand Kindervater's (Ihering's Jahrb. IV, 10 ff.), das neueste Recht habe durch die Zulässigkeit der Auslobung, der Ordre- und Inhaberpapiere (die übrigens gar kein gemeinrechtliches Institut sind) jenen Satz umgestoßen, halte ich deßhalb für unstichhaltig, weil, quod contra rationem juris introductum est, non producendum est ad consequentias. Und construirt man ferner, wie ich es für richtig halte, die Auslobung als eine moderne Art von pollicitatio, dann fällt auch der fernere Einwand Windscheid's (Pd. §. 309 A. 12), die Praxis habe in der Auslobung die Möglichkeit des Vertragsanerbietens in incertam personam im Princip anerkannt.

Wäre dieß aber auch der Fall, so bliebe das Ausgebot des Versteigerers doch eine bloße Aufforderung zur Stellung von Angeboten; denn:

3) Es kann schon deßhalb nicht Offerte sein, weil es sich nicht über alle wesentlichen Vertragsbestandtheile, nämlich nicht über die Höhe der Gegenleistung, pretium oder merces, ausspricht. Es ist auch wohl eher denkbar, der Versteigerer wolle die Vertragsvorschläge der Steigerer über diesen Punkt hören, — wie denn im Leben häufig eine Versteigerung nur zu diesem Zwecke veranstaltet wird, — als sich selbst dem relativ höchsten, aber vielleicht absolut sehr niedrigen Gebote gefangen geben.

Ließe sich aber auch annehmen, die Bestimmung des Preises läge darin, daß der Versteigernde ihn in die Willkür des Bieters stellt, so ermangelte doch bei Kauf nnd Miethe das Erforderniß des pretium certum, bzw. der merces certa. Wahr ist, daß die Const. 15 Cod. 4, 38 die Offerte für verbindlich erklärt, wenn sie auch die Bestimmung des Preises in die Willkür eines Dritten stellt (Windscheid, Pd. §. 309 A. 12); allein schon aus der Fassung jener Constitution geht hervor, daß sie nicht theoretischen Gründen, nicht dem Begriffe der Gewißheit, ihre Entstehung verdankt, sondern der praktischen Erwägung, daß dadurch einem alten Meinungszwiespalt ein Ende gemacht werde, und daß sich von einem Dritten doch eher eine billige Preisbestimmung als von dem Verpflichteten selbst erwarten lasse. Mit andern Worten: die Offerte soll in diesem speziellen Falle verbindlich sein, nicht weil der Preis ein bestimmter ist, sondern obgleich er es nicht ist.

Die gegnerische Ansicht führt auch zu der Consequenz, daß der Versteigerer auch an ein Spottgebot gebunden bleiben kann, das durch unredliche und doch unverfolgbare, weil unentdeckbare, Machinationen so leicht zu erzielen ist (Abstehen vom Mitbieten).

Das einfachste Mittel hiegegen wäre offenbar die Verweigerung des Zuschlags, warum also bloß einer Theorie zu liebe dieses verwerfen und zu schwierigeren greifen? Kindervater (l. c. IV, 374) räth dem Versteigerer, entweder eine Minimaltaxe aufzustellen oder die Bekanntmachung der Versteigerung in einer Weise abzufassen, welche den Ausschluß des Gebundenseinwollens deutlich erkennen lasse. Allein das erste Mittel würde, da eine den Versteigerer unter allen Umständen schützende Minimaltaxe dem wahren Werthe gleichkommen muß, erfahrungsgemäß die Bietlustigen abschrecken; das zweite dagegen würde eine arge Fessel des Verkehrs und ein Fallstrick für den Rechtsungelehrten sein. Treffend bemerkt hiezu Jhering (ebendas. IV, 386): „Die Rechtssätze, die wir dem Leben bieten, sollen von vorne herein so eingerichtet sein, daß sie dem Bedürfniß desselben entsprechen, nicht aber so, daß sie die Partheien nöthigen, sie durch besondere Vereinbarung auszuschließen und diejenigen Normen an deren Stelle zu setzen, die mit dem

Zweck des Geschäftes sich vertragen. Der Rath Kindervaters kommt im ersten Falle auf nichts Anderes hinaus, als auf die Zumuthung, daß das Leben seiner Construction zu liebe die nöthigen Mittel und Wege einschlage, um ihr zu entrinnen, im zweiten Falle, daß sich der Versteigerer ausdrücklich gegen die Kindervater'sche Theorie verwahre".

Auch der von manchen der Gegner dem Versteigerer gegebene Rath, ein Spottgebot selbst oder durch einen Stellvertreter zu überbieten, ist mindestens unjuristisch. Denn da nach den Gesetzen Niemand seine eigene Sache kaufen oder miethen kann, so kann dieses Selbstüberbieten, das allerdings manchenorts in Uebung, doch nimmermehr juristisch als Vertragsangebot angesehen werden, sondern eben nur als eine minder fühlbare Form der Ablehnung oder Zuschlagsverweigerung. Und gerade Das beweist für unsere Theorie.

Wie aber, wenn Jemand ausdrücklich erklärt, um jeden Preis an den Meistbieter losschlagen zu wollen (Regelsberger S. 170), z. B. zur Räumung von Ladenhütern? Oder wenn das Ausgebot des Versteigerers in der That schon eine sichere Bestimmung über das pretium enthält, z. B. in dem von Windscheid (Pd. §. 309 A. 12) erwähnten Falle, wo ein Fischverkäufer die Preise von oben nach unten ausrief, bis einer der Anwesenden „Mein" rief? Windscheid glaubt nicht, daß hier irgend ein deutsches Gericht aus theoretischen Gründen dem Ausbieter den Rücktritt gestatten werde.

Allein ich kann diesen Glauben nicht theilen; denn derartige Fälle bleiben doch immer Verstöße gegen die Erfordernisse des Rechts, jener des pretium certum, dieser der persona certa. Sie sind gewiß schon zu Justinian's Zeit auf den Märkten Constantinopels vorgekommen; vermochten sie etwa den Satz von der Unzulässigkeit der Vertragschließung mit einer persona incerta aus seiner Gesetzgebung zu verdrängen?

4) Auch die gegnerische Begriffsbestimmung, die V. sei ein Vertragsangebot an den Meistbieter, scheint mir einiger Massen ungenau zu sein. Wenn jedes Gebot Accept sein soll, so gehört auch zu jedem eine Offerte, und doch spricht jene Defini-

tion nur von einer einzigen. Sollten die übrigen Bieter nur scheinbar und in's Leere hinein acceptirt haben, gewissermassen zur Verlockung des Meistbieters? Man könnte da an eine Erneuerung der Offerte denken, aber in welchem Acte soll, wenn z. B. die Gebote rasch aufeinander folgen, dieselbe liegen, etwa im Stillschweigen des Versteigerers? Im Stillschweigen mag sich wohl eine Zustimmung kundgeben, aber schwerlich ein Angebot.

5) Das R. R. spricht in einigen Stellen ausdrücklich dem Steigerer die Rolle des Anbietenden, dem Versteigerer die des Annehmenden zu.

L. 9 D. 39, 4: Locatio ....... *admittenda* est, si fidejussores idoneos et cautionem is, *qui licitatione vicerit, offerre* paratus sit.

C. 2 Cod. 8, 23: Et si alio *emtore* non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium *offerente* &c.

6) Dafür, daß der Steigerer Offerent und der Versteigerer Acceptant sei, entscheidet sich auch die deutsche Gerichtspraxis:

Stuttgarter OTE. v. 14. März 1850, in Seuffert's Arch. VIII, 38,
Desgl. v. 3. Nov. 1852, ebendaselbst,
Dresdener OAGE., ebenda VI, 83,
Freisinger AGE., in den Bl. f. R.-A. XVIII, 325;

ferner:

7) Die übereinstimmenden Gutachten deutscher Fachmänner (siehe hierüber Regelsberger S. 170, Verhandl. d. bayer. Abg.-Kammer v. 1837, Bd. X. S. 374—5);

8) Die deutschen Particulargesetzgebungen mit Ausnahme der sächsischen (Regelsberger S. 172), woraus wohl ein Schluß auf das im Volke herrschende Rechtsbewußtsein gezogen werden darf; wie denn auch

9) Vieles, was die Verkehrssitte bei der V. beobachtet, mit der gegnerischen Doctrin sich nicht verträgt. Dahin gehört die Thatsache, daß trotz eines Aufwurfspreises oft unter demselben geboten und selbst zugeschlagen wird, woraus erhellt, daß derselbe nicht ein Ausdruck für den Verpflichtungswillen, sondern nur ein Versuch zur Beeinflussung der Gebote ist; dahin gehört ferner das

Zurückziehen von Mobilien, der Vorbehalt der Genehmigung bei der V. von Immobilien, und endlich, wie oben gezeigt, sogar das Ueberbieten des Versteigerers.

Darf sonach die gegnerische Theorie so ziemlich als widerlegt betrachtet werden, so brauchen wir noch immer eine eingehendere Begründung unserer eigenen, die hiemit versucht werden soll.

## §. 56.

## Begründung der eigenen Theorie.

Gesetzt, es hege Jemand die Absicht, ein Reitpferd zu verkaufen, und es melden sich bei ihm zu verschiedenen Zeitpunkten drei Kaufliebhaber, die Dieß zufällig erfuhren: A bietet 800 fl. und sofortige Zahlung, B 750 fl. und das Mitbenützungsrecht, C 850 fl. gegen Stundung des Kaufpreises. Der Verkäufer verlangt und erhält von Jedem sofort eine bindende Zusage, behält sich jedoch seinerseits für die nächsten drei Tage die freie Entschließung bevor, und entscheidet sich schließlich vor Ablauf der Frist für das Angebot des B. Niemand wird zweifeln, daß hier drei Kaufverträge über denselben Gegenstand unter der Suspensivbedingung „si placuerit venditori“ vorliegen (nach anderer Ansicht drei einseitige emtiones oder pacta de emendo), daß die Bedingung für den zweiten Käufer sich erfüllt und für die übrigen deficirt, endlich daß sämmtliche Käufer die Rolle von Offerenten hatten.

Setzen wir nun den weiteren Fall, der Pferdebesitzer habe jene Drei einzeln eingeladen, mit ihm ein Geschäft zu machen, oder er habe eine öffentliche Aufforderung an alle Pferdeliebhaber oder schlechthin an das Publikum erlassen, und darauf hin seien jene Offerten einzeln an ihn gestellt worden, so sehe ich nicht ein, warum hier eine andere juristische Construction Platz greifen soll. Denn der ganze Unterschied gegen den vorigen Fall ist, daß die drei Kaufliebhaber eine andere Veranlassung zur Stellung von Offerten hatten, dort die zufällige Kenntniß von der Verkaufsabsicht, hier die besondere oder allgemeine Aufforderung.

Das Verkehrsleben kennt auch einen häufigen Fall dieser Art, die Submission. Das Eigenthümliche derselben ist nur, daß

hier die sofortige Gebundenheit schon in der Natur des Geschäftes liegt, und nicht ausdrücklich festgesetzt zu werden braucht. Denn da die Entscheidung über endliche Annahme von einer Prüfung sämmtlicher Offerten abhängt, diese aber erst nach und nach einlangen, und die Prüfung selbst wieder eine geraume Zeit in Anspruch nimmt, so würde dieser Pactirungsmodus zweck- und sinnlos werden, wenn in der Zwischenzeit jedem Submittenten der Rücktritt gestattet wäre, weil, bis die letzte Offerte anlangte, alle früheren bereits widerrufen sein könnten.

Wer also submittirt, der verzichtet auf den Widerruf, genauer ausgedrückt, er erbietet sich durch die Gestalt seiner Offerte stillschweigend, die Wirksamkeit des Geschäfts von der künftigen Geneigtheit des Ausschreibenden abhängig sein zu lassen, und dieses lediglich vortheilhafte Anerbieten wird von dem letzteren durch bloßes Schweigen acceptirt. Dabei ist nicht ausgeschlossen, daß schon das Ausschreiben gewisse Vorbedingungen enthält oder auf solche verweist (Bedingnißheft), ohne deßhalb Offerte sein zu müssen. Dadurch werden eben nur gewisse Grenzpunkte bezeichnet, bei deren Innehaltung allein die Submissionsgebote auf Genehmigung hoffen dürfen.

Von der Submission aber bis zur Versteigerung ist nur Ein Schritt.

Sind nämlich alle wesentlichen Punkte mit Ausnahme des Quantums der Gegenleistung im Voraus genau festgestellt, und werden überdieß die Vertragslustigen zu mündlichen Unterhandlungen auf eine bestimmte Zeit und an einen bestimmten Ort eingeladen, dann haben wir die Versteigerung. Sie ist ihrem Wesen nach der Submission gleich; also stellen auch hier die Steigerer Angebote zu einem **contractus sub conditione si alteri placuerit.** Nur in zwei Punkten bringt die veränderte Art der Angebotsstellung einen erheblichen Unterschied mit sich.

Der erste Unterschied liegt in der geringeren Dauer des Gebundenseins.

Hier, wo die Unterhandlungen in Gegenwart der Betheiligten vor sich gehen, wo bei der vorherigen Feststellung aller übrigen

Punkte die Angebote nur mehr durch das Quantum der Gegenleistung unterscheiden, und wo die Abgabe derselben nach einer zum Mindesten gewohnheitsmäßig bestimmten Ordnung und in ununterbrochener Aufeinanderfolge von statten geht, ist es für den Versteigerer nicht mehr, wie bei der Submission, nöthig, die Abgabe sämmtlicher Gebote abzuwarten, um seine Entscheidung zu treffen. Er kann vielmehr jetzt zwischen zwei aufeinanderfolgenden Geboten sofort eine Entscheidung treffen; sobald er das nachfolgende annimmt, erklärt er, daß ihm dieses genehmer sei, und damit ist die Suspensivbedingung des placere für das vorhergehende sofort deficirt. Die Gebundenheit sämmtlicher Steigerer bis zum Zuschlag (Jhering's Jahrb. IV, 171) liegt also nicht in der Natur der Versteigerung, und darum darf man auch nur annehmen, daß die Contrahenten Gebundenheit bis zur Annahme eines Uebergebotes wollen.

Aber wohlgemerkt, bis zur Annahme! Damit erledigen sich alle die Bedenklichkeiten, welche man gegen das Freiwerden eines Bieters durch ein Uebergebot geltend gemacht hat (Jhering l. c. S. 169, Regelsberger, Erört. S. 179). Allerdings kann man dem Ueberbieter nicht den Mund verschließen, aber Das ist auch gar nicht nöthig; denn das Uebergebot allein bekundet noch nicht den Ausfall des placere, und wirkt darum noch nicht befreiend, erst in der Annahme des Uebergebots liegt das displicet für das Vorgebot.

Der zweite Unterschied liegt in der Art und Weise, in der die Acceptation der Gebote, des Vorgebots wie des Uebergebots, erfolgt.

Dieselbe geschieht nämlich entweder ausdrücklich, z. B. durch sofortigen Zuschlag, oder, wie dieß am häufigsten, durch eine concludente Handlung, z. B. dadurch, daß der Versteigerer das Gebot wörtlich wiederholt, keineswegs aber, und das ist die Abweichung von der Theorie der Submission, durch bloßes Stillschweigen. Denn der Grund, warum bei der Submission die Annahme durch Stillschweigen geschehen kann, liegt in der Rücksichtnahme auf den lediglich vortheilhaften Inhalt der Submissionsgebote. Als ein schlechthin vortheilhaftes kann aber

ein Angebot in einer Versteigerung nicht erachtet werden, weil dasselbe gar zu leicht von einem unbrauchbaren oder unsicheren Contrahenten, einem Wahnsinnigen, Bevormundeten, Zahlungsunfähigen, ausgehen kann, eine eingehende Prüfung seiner persönlichen und Vermögensverhältnisse wegen des steten Ab- und Zuganges der Menge unthunlich ist, und die Entscheidung über die Annahme gleichwohl sehr rasch erfolgen muß.

Der Versteigernde braucht also nicht zu fürchten, daß ihm sein Schweigen auf ein gestelltes Gebot sofort als Zustimmung ausgelegt werde, er braucht die Ablehnung eines unvortheilhaften Gebotes nicht zu übereilen. Aber ablehnen muß er, wenn ihm über die Brauchbarkeit eines Gebotes auch nur Zweifel aufsteigen, und er ganz sicher gehen will. Nimmt man nebenbei noch die Hinterlegung einer Caution oder den Nachweis der Solvenz Seitens sämmtlicher Bieter zu Hilfe, so wird die Gefahr der Beeinträchtigung durch ein Spottgebot wohl ganz verschwinden, und die Ihering'schen „liberatores auctionales“, die den von der Hitze fortgerissenen Steigerer um ein paar Groschen aus der Klemme ziehen sollen (Jahrb. IV, 169), werden um so weniger Schaden anrichten können, als sie die exceptio Caesarea wohl meist an der Stirne geschrieben tragen!

Genehmigt aber der Versteigerer trotz alle dem ausdrücklich oder durch eine concludente Handlung das Uebergebot, und es stellt sich hinterher die Verfügungsunfähigkeit oder die Insolvenz des Ueberbieters heraus, ohne daß er sich jetzt noch an den Vorbieter halten kann, so muß er den daraus entstehenden Schaden sich eben selbst zuschreiben, und es liegt darin um so weniger eine Unbilligkeit, als ihn dasselbe Mißgeschick auch bei der Annahme des Meistgebotes, ja überhaupt bei jedem Vertrage treffen kann.

L. 90 D. 50, 17: Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.

L. 14 §. 2 D. 18, 2: . . . . . . Licuit non addicere.

Nach der vorstehenden Erörterung steht kein theoretisches Hinderniß im Wege, daß der Versteigerer von mehreren im selben

Momente oder rasch nach einander gelegten Geboten ein einziges herausgreifen und acceptiren könne, oder daß er sich auch an ein Uebergebot halten könne, welches nur vortheilhaftere Nebenleistungen verspricht. Ja, das Uebergebot braucht überhaupt kein Mehrgebot zu sein, sondern es kann auch ein gleiches oder ein Mindergebot angenommen werden. Denn in allen diesen Fällen schließt die Acceptation des späteren oder des Einen Gebots ein displicere für die früheren bzw. die übrigen in sich, und involvirt entweder eine stillschweigende Ablehnung, oder den Ausfall der Suspensivbedingung für die Vollziehbarkeit eines schon geschlossenen Vertrags.

Insbesondere dann wird der Versteigerer ein Mindergebot freudig begrüßen, wenn er den Vorbieter bereits angenommen hat, und ihm nun Zweifel über dessen Solvenz aufsteigen. Dagegen kann der Versteigerer auf einen frei gewordenen Bieter nicht mehr zurückgreifen, seine deßfallsige Willenserklärung wäre höchstens ein Vertragsangebot an diesen (Regelsberger, S. 82).

## §. 57.

## Nichtverpflichtung des Versteigerers zur Umfrage.

Noch wäre die Frage zu entscheiden, ob der Versteigerer sofort dem jeweiligen letzten Bieter zuschlagen dürfe, oder verpflichtet sei, zuvor noch Umfrage nach einem etwaigen Uebergebote zu halten. Diese Frage kann z. B. dann praktisch werden, wenn Jemand Mobilien durch einen Auctionator versteigern läßt, und dieser, im Einverständnisse mit den Tröblern, die erfahrungsgemäß den Auctionstisch umlagern, ihnen die Sachen um Spottpreise losschlägt, ohne bessere Gebote abzuwarten.

Allein eine derartige Verpflichtung wird sich schwerlich begründen lassen. Seitens der Nichtbietenden fehlt es an jedem vertragsmäßigen Boden für einen Entschädigungsanspruch, und die Entziehung einer ganz unbestimmten Aussicht auf Erwerb ist ihnen gegenüber auch kein dolus. Aber auch der Bieter, dem der Zuschlag zum Zwecke rascherer Beendigung der Versteigerung ohne

vorherige Umfrage ertheilt wurde, kann sich nicht beklagen, daß er nicht mehr frei wird, denn er wollte ja gebunden sein.

Man könnte etwa noch einwenden, daß ein Uebergebot die vertragsmäßige Bedingung für sein Freiwerden sei, und daß diese nach l. 161 D. 50, 17 als erfüllt gelten müsse, wenn der an ihrer Nichterfüllung interessirte Versteigerer ihren Eintritt schuldvoll vereitle. Aber es ist nicht zu vergessen, daß nicht schon das Uebergebot an sich, sondern erst dessen Annahme befreiend wirkt, und daß es ja folgemäßig in der Macht des Versteigerers läge, durch Zurückweisung aller ferneren Gebote das Freiwerden jenes Bieters dennoch zu vereiteln.

Selbst die Festsetzung einer F r i s t für die Beendigung der Licitation, mag sie gesetzlich, hergebracht oder vereinbart sein — im Zweifel wird das Ende der letzten Geschäftsstunde des Tages als Schlußpunkt gelten —, vermag hierin Nichts zu ändern.

Der Schlußpunkt der Frist entscheidet nur über jenes Gebot oder nur über jenen Vertrag, welcher im treffenden Moment in der Schwebe ist; läuft die Frist ohne Genehmigung des Versteigerers ab, so wird dort das Gebot durch Zeitablauf hinfällig, hier der Vertrag wegen Ausfalls des placere für immer unvollziehbar, und da die übrigen Bieter bereits früher frei geworden sind, so bleibt die ganze Licitation resultatlos. Wäre der Fristablauf für jedes Gebot präjudicirlich, dann müßte, selbst wenn sich alle Personen bis auf den letzten Bieter aus dem Auctionslocale entfernt hätten, doch bis zum Ende der Frist zugewartet werden, weil sich noch immer ein Ueberbieter melden könnte!

Schlußfolgerung: Der Zuschlag ist auch nach unserer Theorie n i c h t i m m e r A c c e p t; dieß ist er nur dann, wenn er s o f o r t erfolgt; erfolgt er dagegen nach einer vorherigen U m f r a g e, dann lag die Annahme des letzten Gebots und somit die Vertragsperfection schon in dieser Umfrage als einer concludenten Handlung, und der Zuschlag erscheint nur als Erfüllung der Bedingung: si alteri placuerit.

## II. Die Auslobung.

### §. 58.

Mit der Versteigerung ist die Auslobung insoferne verwandt, als auch hier die Begründung einer obligatio durch Aufforderung an eine unbestimmte Person eingeleitet wird. Der Auslobende verspricht öffentlich eine vermögenswerthe Leistung (Geld, ein Buch, unentgeltliche Wohnung) an denjenigen aus dem Volke oder einem engeren Kreise desselben, welcher überhaupt oder bis zu einem bezeichneten Zeitpunkt eine gewisse andere Leistung zuerst oder doch in der vorzüglichsten Weise vollbringen werde. Ueber die Natur der Auslobung — und davon hängt auch die Perfectionsfrage ab — sind zwei Hauptmeinungen gangbar:

1) Sie ist eine pollicitatio (Kuntze zu Holzschuher III, 297—302; Puchta, Pd. §. 259 N. 4; Arndts, Pd. §. 241 N. 3; Sintenis, Civ.-R. II. §. 96 Not. 58);

2) Sie ist ein Vertrag; entweder ein selbstständiger Contract (Bucher, R. d. Ford. II, 33), oder ein Innominatcontract (Bülow, Abh. I. Nro. 11), oder ein der Dienst- und Werkmiethe analoges Pactum (Völderndorff in d. Bl. f. R.-A. XXV, 181), oder ein in eigenthümlicher Art zu Stande gekommener Vertrag (Unterholzner, Schuldv. I, 33; Windscheid, Pd. §. 309 Nro. 1; Regelsberger, Erört. S. 202), oder ein bedingtes Versprechen (Ihering, Jahrb. IV, 97).

Um die Richtigkeit der ersten Auffassung nachzuweisen, wäre zunächst zu zeigen, daß die zweite nicht haltbar sei. Zu diesem Zwecke kann man sich freilich nicht darauf stützen, daß das R. R. ein Vertragsanerbieten an eine unbestimmte Person nicht zulasse. Ließe sich nur sonst die heutige Gestaltung der Auslobung in den Rahmen der Vertragstheorie zwängen, dann hätte eben die Praxis in diesem speciellen Falle das römische Princip durchbrochen. Allein ich glaube nicht, Dieses annehmen zu können.

§. 59.

## Gründe gegen ihre Vertragsnatur.

1) Ist die Auslobung ein Vertragsangebot, dann muß auch eine Annahme stattfinden; worin soll diese liegen?

Die Meisten antworten hierauf, in der Vollendung der verlangten Leistung. Dann aber erfolgt die Annahme in einem einzigen Moment und der Beginn der Leistung kann nicht einmal als Anfang der Annahme (Jhering, l. c. IV, 103) in Betracht kommen; folglich müßte bis zum Augenblicke der Vollendung der Widerruf statthaft sein. Nun fühlt Jeder, daß hieraus die drückendsten Härten dann entstehen können, wenn eine oder gar mehrere Personen im Vertrauen auf die Auslobung mit der verlangten Leistung bereits begonnen und kostspielige Veranstaltungen zur Vollendung getroffen haben, vielleicht auch an die gelungene Arbeit nur mehr die letzte Hand anzulegen ist, oder gar die Vollendung nur mehr von einer Handlung des Auslobenden selber, z. B. Prüfung der Concurrenzstücke, abhängt.

Als Mittel dagegen empfiehlt nun Kuntze (Holzschuher's Cas. III, 299) Unwiderruflichkeit der A. von allem Anfang an. Aber das wäre gewiß eine den Auslobenden ohne Gebühr benachtheiligende und in den Fällen, wo in der That noch Niemand mit der Leistung begonnen hat, völlig unnöthige Maßregel.

Andere (Bülow, Unterholzner, Sintenis, Puchta, Arndts) lassen den Widerruf nur Denjenigen gegenüber wirken, die noch nicht mit der Leistung begonnen haben, und erklären ihn im gegentheiligen Falle für unstatthaft. Diese Entscheidung ist an sich gewiß ganz billig, sie will sich aber mit der Theorie, wonach die Acceptation der A. in der Vollendung der Leistung, also in deren letztem Momente, liegt, nicht recht vertragen.

Wieder Andere lassen den Widerruf ganz allgemein zu und geben dem Geschädigten eine Ersatzklage, deren Gegenstand das mehrerwähnte negative Vertragsinteresse sein soll, Savigny die actio doli, Schütze eine Klage aus einer Art von verallgemeiner-

tem dolus, Jhering aus einer culpa in contrahendo, Windscheid aus einem stillschweigenden Garantievertrag. Alle diese Rechtsmittel sind jedoch, von der Schwierigkeit ihrer praktischen Durchführung abgesehen, schon theoretisch nicht consequent; denn sie gründen sich doch auf die doppelte Unterstellung, daß der Widerruf des Auslobenden etwas Unrechtmäßiges, nämlich eine arglistige oder unbillige oder schuldvolle oder vertragswidrige Handlung sei, und daß eben diese Handlung den Vermögensschaden des getäuschten Bewerbers herbeigeführt habe. Nun ist aber einerseits die Ausübung eines Rechts nichts Unrechtmäßiges, und auch ein stillschweigend zu Stande gekommener Entschädigungsvertrag läßt sich nur dann denken, wenn, was eben hier zweifelhaft, die Acceptation schon in den Beginn der Leistung verlegt werden darf. Andrerseits ist nicht zu übersehen, daß die von dem Bewerber aufgewendeten Kosten auch ohne den Widerruf hätten verloren sein können, wenn er z. B. die verlangte Leistung nicht zu Ende gebracht hätte oder von einem andern Bewerber überholt worden wäre, ja daß überhaupt die schädliche Wirkung des Widerrufs nicht in der Einbuße des Aufgewendeten — denn Das muß jeder nicht siegende Bewerber und im Grunde auch der siegende verschmerzen —, sondern einzig in der Entziehung der Aussicht auf dereinstigen Gewinn liegt. Streng genommen wäre also der Gegenstand der Schadenklage die Differenz zwischen dem versprochenen Preise und den bereits gemachten und noch zu machenden Auslagen, und der Kläger müßte u. A. beweisen, daß er den Preis auch verdient haben würde.

Einsehend die Schwierigkeit eines solchen Beweises, hat man dem Auslobenden den als Erprobung einer Negative noch schwierigeren Beweis des Gegentheils überbürden wollen (Jhering l. c. IV, 105), eine durch Nichts gerechtfertigte Willkürlichkeit, die nur über die Bedenklichkeiten der bezüglichen Theorie hinweghelfen soll.

Noch auffallender zeigt sich das Mangelhafte der Theorie, wenn mehrere Bewerber nach begonnener Leistung vom Widerrufe überrascht worden sind, und nun sämmtliche, vielleicht etliche Dutzend, die Differenz zwischen Auslagen und Preis oder auch nur die ersteren ersetzt verlangen, weil Jeder von ihnen den versprochenen

Preis möglicher Weise erhalten hätte. Da hier die Totalsumme der Entschädigungen die ausgesetzte Belohnung leicht um's Doppelte übersteigen könnte, so wäre ja der Auslobende weit schlechter gestellt als durch die Versagung des Widerrufs, und welche Unbilligkeit läge in der Entschädigung Aller, da es gewiß ist, daß nur Einer den Preis hätte erringen können! Soll nun der Auslobende vielleicht die versprochene Summe an sämmtliche Concurrenten pro rata, oder etwa nach Maßgabe ihrer Geschicklichkeit vertheilen, oder sie bei Gericht deponiren, und es den Bewerbern überlassen, unter einander fertig zu werden?

Diese schwierige Frage rückt um ein Bedeutendes ihrer Lösung näher, wenn man die früheste Vollendung der Leistung als Bedingung auffaßt; denn diese kann sich bei mehreren Concurrenten naturgemäß nur für Einen erfüllen, die Bewerber müssen alle die Entscheidung hierüber abwarten, also fortarbeiten.

So erklärt denn auch Jhering (l. c. S. 97) die A. für ein bedingtes Versprechen. Aber er hätte weiter gehen und nun auch die Acceptation desselben an den Beginn der Leistung knüpfen sollen, wie dieß, wenigstens annäherungsweise, Regelsberger (l. c. S. 222) will, wenn er mit dem Beginne der Leistung einen Widerrufsverzicht, mit der Beendigung aber den Hauptvertrag perfect werden läßt. Eine Verschmelzung beider Ansichten gäbe denn auch eine brauchbare Theorie, wenn nicht

2) das Accept stets ein bewußter Anschluß an eine vorliegende Offerte sein müßte.

Schütze, Kuntze, Windscheid tragen denn auch kein Bedenken, dem ohne Rücksicht auf die Auslobung aus freiem Antrieb Leistenden, z. B. dem mit dem Belohnungsversprechen unbekannten Ueberbringer einer verlornen Sache, jeden Anspruch auf den Preis zu versagen. Allein eine solche Entscheidung ist zu verwerfen; denn sie würde dem Rechts- und Sittlichkeitsgefühle des Volkes widersprechen, sie würde als eine auf den Eigennutz oder gar die Unredlichkeit gesetzte Prämie zu betrachten sein. Auch lehrt die Erfahrung des täglichen Lebens, daß dem Ueberbringer verlorner Sachen, ohne nach seiner Bekanntschaft oder Unbekanntschaft mit

der A. zu fragen, und auch, falls sein Nichtwissen sich zufällig herausstellen sollte, doch mit voller opinio necessitatis geleistet wird.

Natürliches Ehrgefühl wird freilich verhindern, daß ein Fall der Art vor ein richterliches Tribunal komme; geschähe dieß aber, so dürfte der Richter die eben berührten Erwägungen bei einem rein gewohnheitsrechtlichen Institute nicht außer Acht lassen, er müßte auch dem unbewußt Leistenden eine Klage gewähren, und damit indirect aussprechen, daß die Leistung keine Acceptation sei.

3) Das Accept kann der Offerte nicht vorangehen.

Wäre also die Leistung Acceptation, dann würde die Erfindung einer Maschine, eines nützlichen Stoffes, die Auffindung einer verlornen Sache, die Lösung eines wissenschaftlichen Problems, wenn auch nur wenige Minuten vor der Veröffentlichung eines darauf gesetzten Belohnungsversprechens beendigt, den Erfinder zur Einforderung des Versprochenen, sogar zur Concurrenz mit den späteren Bewerbern, nicht berechtigen. Diese Consequenz muß aber Jedem als unbillig erscheinen. Ueberdieß liefe sie auch dem Interesse des Auslobenden zuwider, und würde schließlich nur den Erfinder zu einer unnützen oder scheinbaren Wiederholung seiner wissenschaftlichen oder künstlerischen Operationen zwingen.

Regelsberger (l. c. S. 212) wirft daher die Frage auf, ob dieser denn nicht hinterher die schon gelieferte Leistung als Erfüllung der Auslobung geltend machen, die erfüllte Leistung dazu benützen könne, nunmehr das Angebot des Auslobenden anzunehmen. Gegen eine Bejahung dieser Frage sieht er nur zwei mögliche Einwürfe. Entweder könne man sagen, die A. habe bereits ihre verbindliche Kraft verloren, weil schon die gewünschte Wirkung vorliege: darauf dürfe sich aber gewiß der Auslobende selbst am wenigsten berufen; oder in der Leistung ohne Verpflichtungsabsicht liege ein Verzicht auf den angebotenen Vortheil: diese Annahme sei aber nur dann gerechtfertigt, wenn die Leistung im Bewußtsein der A. und gleichwohl ohne Verpflichtungsabsicht erfolgt sei.

Ich gebe die Unstichhaltigkeit beider Einwürfe zu, aber mir drängen sich zwei andere Bedenken auf, ein praktisches und ein theoretisches.

Stürbe nämlich der Erfinder vor der Auslobung, oder zwar nach ihr, aber ohne von ihr Kunde erhalten zu haben, so könnten nach der R.'schen Ansicht seine Erben die schon gemachte Erfindung, weil sie nicht ihre Leistung ist, nicht zur Acceptation benützen, was offenbar unbillig wäre.

Theoretisch dagegen kämen wir durch jene Construction zu dem Resultat, daß die Annahme der Auslobung und die Erfüllung der Leistung zeitlich völlig von einander getrennt würden. Es müßte dann eben so gut gestattet sein, den Auslobenden sofort durch eine Annahmeerklärung zu binden und dann sich in aller Ruhe an die Ausführung des Verlangten zu machen, eine Folgerung, die eben so wenig im Sinne der gegnerischen Doctrin gelegen, als dem Geiste der Auslobung gemäß erscheint.

Nach alle dem wird sich die Auffassung der Leistung, sei es ihres Beginns oder ihrer Vollendung, als einer Acceptation, folglich auch die der Auslobung als einer Offerte, und des Ganzen als eines Vertrages, kaum halten lassen. Somit wäre hier, wo es sich bloß um Perfection der Verträge handelt, Nichts mehr hinzuzufügen, gälte es nicht, nicht bloß einzureißen, sondern auch aufzubauen.

Dieß soll in Nachstehendem versucht werden.

## §. 60.

## Wahre Natur der Auslobung.

Soll die Auslobung ein Forderungsrecht begründen, ohne daß eine Acceptation denkbar ist, dann kann sie nur als eine Art der pollicitatio betrachtet werden. Der etwaige Einwand, der Kreis der Pollicitationen sei im R. R. ein begrenzter, ist unerheblich; denn wenn einmal das Leben der Auslobung eine Gestaltung gegeben hat, die nur in die Schablone der pollicitatio paßt, dann hat eben das Gewohnheitsrecht jenen Kreis um Einen Fall er=

weitert. Aber in drei Punkten bietet die Auslobung Eigenthümlichkeiten:

1) Sie ist eine bedingte Pollicitation.

Wir haben gesehen, daß der Bewerber nur dann ein Forderungsrecht aus der Auslobung erwirbt, wenn seinerseits eine bestimmte, vom Auslobenden vorgezeichnete Thätigkeit in genügender Weise bis zum Abschlusse gediehen ist, überdieß, wo die Thätigkeit Mehreren möglich ist, wenn ihr Resultat als das erste, eventuell beste erscheint, daß es aber überall gleichgiltig ist, in welchem Zeitpunkt jene Thätigkeit erfolge.

Fassen wir diese einzelnen Momente zusammen, so kann uns die vom Bewerber verlangte Thätigkeit als nichts Anderes erscheinen, denn als eine eigentliche oder uneigentliche positive Potestativbedingung. Beispiele von bedingten Pollicitationen kommen zwar im Corpus Juris nicht vor, aber daraus folgt nicht, daß sie unstatthaft waren, und ich zweifle nicht, daß z. B. ein römischer Bürger rechtsverbindlich der Stadt Rom eine Wohlthätigkeitsanstalt für den Fall pollicitiren konnte, daß er Consul werden oder eine gewisse Erbschaft machen würde. Nur hat die Praxis unsere Art von P. über die Grenze der positiven Potestativbedingung nicht ausgedehnt, und es ist

2) auch der Gläubiger erst mit der Bedingung gegeben, freilich schon mit dem Anfang derselben.

So lange sich nämlich noch Niemand an die Ausführung des Verlangten gemacht, oder Jemand nur entfernte Schritte hiezu gethan, z. B. Erkundigung über die Leichtigkeit oder Schwierigkeit des Unternehmens eingezogen hat, ist zwar für Jedermann die Möglichkeit gegeben, den versprochenen Lohn zu verdienen, aber diese Möglichkeit ist doch eine allzu entfernte.

Sobald aber Jemand, bewußt oder unbewußt, Veranstaltungen getroffen hat, welche schon den Anfang und nicht bloß die Vorbereitung der Ausführung enthalten, dann gewinnt jene Möglichkeit eine festere Gestalt, weil sie sich an eine bestimmte Person

knüpft. Der Beginnende wird ipso facto Gläubiger des Auslobenden, und Gegenstand seines Forderungsrechts ist die spes debitum iri, fähig, durch Erfüllung der Bedingung, d. i. Vollendung der Leistung, in das volle Forderungsrecht sich umzusetzen, und inzwischen auf die Erben des Bewerbers und gegen die Erben des Auslobenden überzugehen. Analog sagt §. 4 J. III, 15: Ex conditionali stipulatione (hier pollicitatione) tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus.

3) Bei der A. ist bis zum Beginn der verlangten Leistung der Widerruf möglich.

Denn der Grund, warum bei den übrigen bedingten Pollicitationen und Verträgen der Verpflichtete pendente conditione nicht widerrufen kann, ist der, weil hier gleich von Anfang herein ein berechtigter Gläubiger auf die Hoffnung existirt, dessen Recht nur mehr durch einen zweiseitigen Act alterirt werden kann. Bei der A. dagegen wird der Gläubiger selbst erst mit dem Beginn der Leistung existent, und es gibt in der Zwischenzeit Niemanden, der ein Recht auf Willensbeständigkeit des Pollicitanten hätte.

Der Widerruf, d. i. die Constatirung des Nichtmehrvorhandenseins des Verpflichtungswillens, kann also zu jeder Zeit und auch von den Erben ausgeübt werden, aber er wirkt nur Denjenigen gegenüber, die mit der Leistung noch nicht begonnen haben, er schneidet nur diesen die Möglichkeit ab, Gläubiger zu werden, ist dagegen wirkungslos gegen Jene, die es durch den Beginn der Leistung bereits geworden sind.

Selbstverständlich muß der Widerruf auf eine der vorausgehenden Bekanntmachung gleichwerthige Weise, also wiederum durch eine öffentliche Kundgebung erfolgen, und hat als Zeitpunkt der Veröffentlichung jener zu gelten, in welchem der Widerruf nach dem regelmäßigen Gang der Dinge — also was den Zeitungsverkehr betrifft, je nach der Entfernung verschieden — an das Publikum gelangt sein muß. Briefliche Mittheilung an die einzelnen ihm bekannten Bewerber schafft dem Auslobenden weder diese vom Halse, noch ist sie ein Damm gegen neue Bewerber.

Es können aber auch die zur Zeit des Rücktritts schon vorhandenen Bewerber ihrerseits nicht sofort die Herausgabe des Preises, und eben so wenig den Ersatz ihrer Kosten oder die Differenz zwischen diesen und jenem beanspruchen. Sie können vielmehr lediglich verlangen, daß der Auslobende Nichts thue, was der Entscheidung über die Bedingung hinderlich wäre, und Nichts unterlasse, was ihm dem Inhalt seines Versprechens zufolge zu thun obliegt. Darauf haben sie einzeln wie in der Gesammtheit ein Klagerecht ex pollicitatione, und wenn eine Verurtheilung in natura nicht durchführbar ist, so wird der Auslobende entweder zur Herausgabe eines Geldäquivalents angehalten, oder die Bedingung gilt nach l. 161 D. 50, 17 als erfüllt, oder die ihm obliegende Thätigkeit wird durch richterlich zu bezeichnende Sachverständige vorgenommen und nach obiger Fiction als von ihm selbst ausgegangen betrachtet.

So wird z. B. der erste Fall eintreten, wenn der Auslobende ein Wettrennen ausgeschrieben hat, und sich hinterher weigert, die nöthigen Veranstaltungen zu treffen —; der zweite, wenn es sich um die verweigerte Empfangnahme einer Sache handelt —; der dritte, wenn er in der Prüfung eingereichter Concurrenzdramen säumig ist.

Dem Widerruf gleich wirkt der Tod des Auslobenden (Windscheid Pd. §. 309 A. 7), nicht weil hier der Verpflichtungswille aufhört, sondern weil noch kein Rechtsverhältniß existirt, das verpflichtend auf den Erben übergehen könnte; der Erbe kann also, muß aber nicht vom Widerrufe Gebrauch machen.

Ferner wirken ebenso alle Handlungen nnd Ereignisse, welche den vernunftgemäßen Schluß zulassen, der Auslobende habe den Verpflichtungswillen für die Folgezeit geradezu aufgegeben, sofern und sobald dieselben auf öffentlichem Wege kund geworden sind, z. B. Entdeckung des ausgeschriebenen Verbrechers, Veröffentlichung der Erfindung, Veräußerung des Etablissements, für welches letztere nöthig gewesen, gänzlicher Vermögensverfall, und wohl auch Ablauf einer längeren Zeit. Wer also beispielsweise in einem Journal vom Jahre 1840 ein Preisausschreiben auf das beste Gedicht über ein gewisses Thema findet, dürfte durch Bearbeitung

desselben eine sehr vergebliche Thätigkeit entwickeln! Aber von allen diesen Ereignissen, auch von dem Tode des Auslobenden, bleiben Diejenigen unberührt, die mit der Leistung schon begonnen haben.

Die hier versuchte Construction der Auslobung mag Vielen bedenklich erscheinen, aber sie dürfte nicht ungeeignet sein, die Streitfragen eines Rechtsinstituts zu lösen, das nicht dem geschriebenen Rechte, sondern praktischen Bedürfnissen seine Entstehung, und der Volksgewohnheit seine Ausbildung verdankt.

Wolf, J. F.

Die Perfection der Schuldverträge

Würzburg 1869